

VIỆN HÀN LÂM
KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
HỌC VIỆN KHOA HỌC XÃ HỘI

TRỊNH NGỌC THÙY TRANG

**PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI
THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI
Ở NƯỚC TA HIỆN NAY**

Chuyên ngành: Luật kinh tế

Mã số : 60.38.01.07

LUẬN VĂN THẠC SĨ LUẬT HỌC

NGƯỜI HƯỚNG DẪN KHOA HỌC

TS. HỒ NGỌC HIỂN

HÀ NỘI, năm 2016

LỜI CẢM ƠN

Tôi xin chân thành cảm ơn Học viện Khoa học xã hội đã tạo mọi điều kiện thuận lợi cho tôi được hoàn thành khóa học.

Xin được gửi lời cảm ơn chân thành đến TS. Hồ Ngọc Hiến đã nhiệt tình hướng dẫn, dẫn dắt và định hướng khoa học cho tôi thực hiện luận văn.

Mặc dù tôi đã cố gắng hoàn thiện luận văn với tất cả sự nhiệt tình và năng lực của mình, tuy nhiên vẫn không tránh khỏi thiếu sót. Rất mong nhận được sự góp ý, bổ sung của các nhà nghiên cứu lý luận và các cán bộ hoạt động thực tiễn cũng như những người quan tâm đến vấn đề phạt vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại ở nước ta hiện nay để tiếp tục hoàn thiện tốt hơn nữa luận văn này.

Tôi xin chân thành cảm ơn!

Trịnh Ngọc Thùy Trang

LỜI CAM ĐOAN

Tôi tên là Trịnh Ngọc Thùy Trang – Tác giả của luận văn này cam đoan đây là công trình nghiên cứu của tôi.

Các phân tích, lập luận và kết quả trong luận văn là trung thực và chưa từng được công bố trong bất kỳ công trình nghiên cứu nào khác.

Bất kỳ vi phạm nào của tôi (nếu có) sẽ bị xử lý theo quy định của pháp luật, quy chế của Học viện Khoa học xã hội.

Tác giả luận văn

Trịnh Ngọc Thùy Trang

MỤC LỤC

MỞ ĐẦU.....	1
CHƯƠNG 1. MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ PHÁP LUẬT VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM HIỆN NAY.....	7
1.1. Phạt hợp đồng	7
1.2. Bồi thường thiệt hại	11
1.3. Nghĩa vụ chứng minh	17
1.4. Sự kết hợp giữa phạt hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại	19
1.5. Tiền lãi do chậm thanh toán.....	21
1.6. Vai trò của phạt hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại trong thương mại ..	22
1.7. Miễn trách nhiệm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại	24
CHƯƠNG 2. THỰC TRẠNG THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI HỢP ĐỒNG THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM HIỆN NAY	38
2.1. Phạt hợp đồng	38
2.2. Bồi thường thiệt hại	46
2.3. Miễn trách nhiệm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại	53
CHƯƠNG 3. CÁC GIẢI PHÁP KIẾN NGHỊ NHẪM HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI	67
3.1. Thống nhất các quy định về phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại trong thương mại	67
3.2. Hoàn thiện các quy định về phạt hợp đồng trong thương mại	68
3.3. Hoàn thiện quy định về bồi thường thiệt hại trong thương mại	70
3.4. Hoàn thiện quy định về kết hợp phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại trong thương mại	72
3.5. Hoàn thiện quy định về lãi chậm thanh toán trong thương mại	72
3.6. Hoàn thiện quy định về trường hợp miễn trách nhiệm trong thương mại	73
KẾT LUẬN	75
DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO.....	76

DANH MỤC CÁC CHỮ CÁI VIẾT TẮT

BLDS 2005	: Bộ luật dân sự năm 2005
BLDS 2015	: Bộ luật dân sự năm 2015
HCM	: Thành phố Hồ Chí Minh
KDTM	: Kinh doanh thương mại
KDTM-PT	: Kinh doanh thương mại - Phúc thẩm
KDTM-ST	: Kinh doanh thương mại - Sơ thẩm
LTM 1997	: Luật thương mại năm 1997
LTM 2005	: Luật thương mại năm 2005
TAND	: Tòa án nhân dân

MỞ ĐẦU

1. Tính cấp thiết của đề tài

Đại hội lần thứ VI năm 1986 về việc chuyển từ nền kinh tế tập trung sang nền kinh tế thị trường và Việt Nam chính thức gia nhập tổ chức Thương mại thế giới (WTO) vào năm 2007 là hai mốc sự kiện quan trọng đánh dấu sự phát triển mạnh mẽ của nền kinh tế trong nước kèm theo đó là quá trình hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng và đang là những nhân tố quan trọng thúc đẩy hoạt động thương mại của Việt Nam dưới sự lãnh đạo của Đảng và Nhà nước. Hoạt động thương mại ngày nay không ngừng phát triển kéo theo sự đa dạng và phức tạp của các loại hợp đồng, từ cổ điển đến hiện đại. Khi đã tự nguyện tham gia vào giao dịch và tự do thỏa thuận các điều kiện, tức là, chấp nhận hưởng các quyền và buộc phải thực hiện các nghĩa vụ theo hợp đồng để đảm bảo lợi ích đôi bên. Bên cạnh việc thúc đẩy quan hệ hợp đồng đầy thiện chí và tuân theo pháp luật của các chủ thể thì cũng không ít các hành vi vi phạm xảy ra nhằm trốn tránh nghĩa vụ. Vì vậy, để đảm bảo cam kết giữa các bên được thực hiện đầy đủ, bù đắp những thiệt hại xảy ra cho bên bị vi phạm, pháp luật về chế tài trong thương mại đã ra đời và ngày càng hoàn thiện hơn. Khi hợp đồng không được tuân thủ đúng như đã thỏa thuận, các bên có thể áp dụng một lúc nhiều chế tài hoặc áp dụng độc lập để bảo vệ quyền lợi và lợi ích của mình. Trong đó, chế tài được áp dụng phổ biến nhất và thường đi cùng nhau đó là: phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại.

Chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng KDTM mặc dù đã được quy định trong nhiều văn bản pháp luật nhưng chủ yếu là trong LTM 2005, đã đáp ứng tương đối và đầy đủ góp phần bảo đảm các hợp đồng thương mại được thực hiện. Với mỗi hoàn cảnh, cách áp dụng các chế tài này khác nhau dẫn đến các hệ quả khác nhau và cách giải quyết khác nhau. Vì vậy, tình trạng thực tiễn áp dụng vẫn còn gây ra rất nhiều tranh cãi, bất cập và hạn chế như: mức phạt vi phạm giữa các chủ thể, cách thức giải quyết phần mức phạt vượt quá quy định mà pháp luật

cho phép hay cách xác định giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp, mức lãi suất để tính tiền lãi do chậm thanh toán cũng chưa được quy định cụ thể...

2. Tình hình nghiên cứu đề tài

Trong khoảng một thập kỷ lại đây, các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại là một mảng đề tài được khai thác dưới nhiều góc độ khác nhau với phạm vi nghiên cứu từ rộng đến hẹp và có thể được chia thành 3 nhóm như sau:

Nhóm thứ nhất, bao gồm luận án tiến sĩ, luận văn thạc sĩ và đề tài nghiên cứu khoa học như: Đỗ Văn Đại (2010), *Vấn đề không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật thực định Việt Nam*; Ngô Văn Hiệp (2007), *Chế Tài Bồi Thường Thiệt Hại Do Vi Phạm Hợp Đồng Kinh Doanh, Thương Mại*; Khúc Thị Trang Nhung (2014), *Những vấn đề về miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*; Nguyễn Thị Thu Huyền (2013), *Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại*; Khúc Thị Trang Nhung (2014), *Những vấn đề về miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*; Hoàng Thị Hà Phương (2012), *Chế tài do vi phạm hợp đồng thương mại - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*; Quách Thuý Quỳnh (2005), *Pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong kinh doanh - Thực trạng và phương hướng hoàn thiện*; Ngô Mạnh Hùng (2015), *Pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại và thực tiễn áp dụng trên địa bàn tỉnh Tuyên Quang*;...

Nhóm thứ hai, bao gồm các sách và giáo trình như: Đỗ Văn Đại (2010), *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia Hà Nội; Trường Đại học quốc gia Hà Nội (2009), *Giáo trình Luật thương mại*, Tập II, NXB Công an Nhân dân Hà Nội, Hà Nội; Trường Đại học quốc gia Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật dân sự Việt Nam*, Tập II, NXB Công an Nhân dân Hà Nội, Hà Nội; Trường Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh (2007), *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB Đại học quốc gia Thành phố HCM, Tp. Hồ Chí Minh; ...

Nhóm thứ ba, bao gồm các bài viết được công bố trên tạp chí như: Đỗ Văn Đại (2011), *Luật hợp đồng Việt Nam – Bản án và bình luận bản án*, Tập 2, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội ; Đỗ Văn Đại (2007), *Phạt vi phạm hợp đồng trong pháp luật thực định Việt Nam*, Tạp chí Tòa án nhân dân tháng 10 (số 19), tr. 12 – 25; Đỗ Văn Đại, Lê Thị Diễm Phương (2012), *Về khái niệm và giảm mức phạt vi phạm hợp đồng*, Tạp chí Khoa học pháp lý, (số 3), tr. 71 – 80; Nguyễn Việt Khoa (2011), *Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật thương mại năm 2005*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, (số 15), tr. 46 – 51; Nguyễn Thị Hằng Nga (2006), *Về việc áp dụng chế tài phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại vào thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng trong hoạt động thương mại*, Tạp chí Tòa án nhân dân, (số 9), tr. 25 – 27; Dương Anh Sơn và Lê Thị Bích Thọ (2005), *Một số ý kiến về phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, (số 1), tr. 15 – 20; Nguyễn Thị Hồng Trinh (2009), *Chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại quốc tế qua Luật Thương mại Việt Nam, Công ước CISG và Bộ nguyên tắc Unidroit*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, (số 22), tr 48 – 52;...

Các công trình nghiên cứu nói trên đã phân tích và làm sáng tỏ được vấn đề liên quan đến các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong thương mại như những vấn đề khái quát nhất liên quan đến tất cả các chế tài trong thương mại hoặc chỉ chế tài phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, cho đến nay, có thể khẳng định rằng chưa có một công trình nào nghiên cứu song song hai chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại để từ đó rút ra được những so sánh khác biệt hoặc sự kết hợp giữa chúng và các vấn đề bất cập, giải pháp hoàn thiện của các chế tài này trên phạm vi cả nước.

Do đó, tác giả có thể khẳng định đề tài luận văn của mình không trùng lặp với bất kỳ công trình nào đã được công bố từ trước đến nay.

3. Mục đích và nhiệm vụ nghiên cứu

3.1. Mục đích nghiên cứu

Đề tài có mục đích đánh giá thực trạng các quy định pháp luật thương mại Việt Nam về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, từ đó đề xuất các giải pháp kiến

ng nghị sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại của Việt Nam.

3.2. Nhiệm vụ nghiên cứu

Để đạt được mục đích mà luận văn đề ra, cần giải quyết các nhiệm vụ nghiên cứu chủ yếu sau:

- Hệ thống, làm rõ những vấn đề lý luận về các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại ở nước ta hiện nay;
- Phân tích, làm rõ quy định của pháp luật thương mại về các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại;
- Làm rõ thực trạng áp dụng các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong thương mại, xác định những hạn chế và nguyên nhân của hạn chế trong quá trình áp dụng;
- Đề ra hệ thống các giải pháp góp phần nâng cao hiệu quả áp dụng chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại ở nước ta hiện nay.

4. Đối tượng và phạm vi nghiên cứu

4.1. Đối tượng nghiên cứu

Đề tài này tập trung nghiên cứu các vấn đề lý luận, pháp luật, thực tiễn áp dụng pháp luật về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại ở Việt Nam hiện nay.

4.2. Phạm vi nghiên cứu

Về không gian, đề tài này nghiên cứu các quy định của pháp luật Việt Nam về chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại trong thương mại, thực tiễn áp dụng trên cả nước. Từ đó cho thấy sự bất cập, hạn chế, vướng mắc của quy định để có thể đưa ra các kiến nghị để hoàn thiện pháp luật.

Về thời gian, đề tài nghiên cứu về các chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại từ năm 2005 đến nay, các quy định pháp luật có liên quan điều chỉnh một phần hay toàn bộ về các loại chế tài này.

5. Phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu

5.1. Phương pháp luận

Tác giả dựa trên hệ tư tưởng và phương pháp luận của Chủ nghĩa duy vật biện chứng phối hợp với quan điểm, đường lối của Đảng, Nhà nước về đổi mới, xây dựng nền kinh tế hàng hóa nhiều thành phần theo định hướng xã hội chủ nghĩa; các chính sách pháp luật, chính sách kinh tế của Nhà nước ta trong những năm qua.

5.2. Phương pháp nghiên cứu

Trong đề tài này, tác giả đã sử dụng các phương pháp nghiên cứu sau:

- Phương pháp phân tích, tổng hợp các vấn đề về cơ sở pháp lý của chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại Việt Nam.
- Phương pháp điều tra, thống kê để thu thập số liệu, tư liệu, hồ sơ và các thông tin cần thiết có liên quan đến phạm vi đề tài.
- Phương pháp so sánh, đối chiếu các quy định của pháp luật với nhau trong quá trình nghiên cứu nhằm làm sáng tỏ các vấn đề cần nghiên cứu.

6. Ý nghĩa lý luận và thực tiễn của luận văn

6.1. Ý nghĩa lý luận

Hiện nay, pháp luật quy định có nhiều loại chế tài khác nhau trong thương mại như: buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng; tuy nhiên, trong giới hạn đề tài này tôi chỉ trình bày về các chế tài sau: phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại như là cơ sở lý luận để giải quyết tranh chấp trong các hợp đồng KDTM. Luận văn góp phần nhận thức toàn diện, sâu sắc về các chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong hợp đồng KDTM. Làm rõ được những bất cập khi áp dụng các chế tài so với quy định của pháp luật. Đưa ra kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định, góp phần nâng cao chất lượng của toàn bộ hệ thống tư pháp cũng như pháp luật xã hội chủ nghĩa.

6.2. Ý nghĩa thực tiễn

Luận văn này góp phần rút ngắn khoảng cách giữa quy định của pháp luật và việc áp dụng triệt để các chế tài phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại trong thực tiễn để bảo vệ quyền lợi chính đáng cho các cá nhân, thương nhân và doanh nghiệp Việt Nam.

7. Cơ cấu của luận văn

Ngoài phần mở đầu, kết luận và danh mục tài liệu tham khảo, nội dung đề tài gồm có ba chương với các nội dung cụ thể như sau:

Chương 1: Một số vấn đề lý luận và pháp luật về phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại Việt Nam hiện nay.

Chương 2: Thực trạng thực hiện pháp luật về chế tài phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại Việt Nam hiện nay.

Chương 3: Các giải pháp kiến nghị nhằm hoàn thiện các quy định về phạt hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại hợp đồng trong thương mại.

CHƯƠNG 1
MỘT SỐ VẤN ĐỀ LÝ LUẬN VÀ PHÁP LUẬT
VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT
NAM HIỆN NAY

1.1. Phạt hợp đồng

1.1.1. Khái niệm phạt hợp đồng

Phạt vi phạm hợp đồng là một trong những hình thức chế tài mà bên vi phạm phải chịu trách nhiệm do không thực hiện hoặc thực hiện không đúng như thỏa thuận trong hợp đồng thương mại, theo đó, bên vi phạm phải trả cho bên bị vi phạm một khoản tiền theo thỏa thuận dựa trên sự điều chỉnh của pháp luật hoặc nếu không thỏa thuận thì sẽ tuân theo quy định của pháp luật. Mặc dù hệ thống luật Anh – Mỹ hay Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1980 đã không có bất cứ đề cập nào đến chế tài phạt vi phạm hợp đồng nhưng pháp luật Việt Nam đã sớm có các quy định về vấn đề này trong các văn bản như LTM 1997, Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989, BLDS 2005, BLDS 2015, LTM 2005 và các văn bản dưới luật khác.

Điều 266 LTM 1997 định nghĩa rằng: “Phạt vi phạm là việc bên có quyền lợi bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt nhất định do vi phạm hợp đồng, nếu trong hợp đồng có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định.”

Khoản 1 Điều 422 BLDS 2005 và Khoản 1 Điều 418 BLDS 2015 quy định rằng: “Phạt vi phạm là sự thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm.”

Theo Điều 300 LTM 2005: “Phạt vi phạm là việc bên bị vi phạm yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm hợp đồng nếu trong hợp đồng có thỏa thuận, trừ các trường hợp miễn trách nhiệm quy định tại Điều 294 của Luật này.”

Từ đây, có thể thấy rằng chế tài phạt vi phạm được điều chỉnh ngày một hoàn thiện và chặt chẽ hơn khi mà nó đã trở thành một trong những chế tài được các chủ thể sử dụng phổ biến trong các quan hệ hợp đồng thương mại. Với giới hạn đề tài này, tôi sẽ trình bày chế tài phạt vi phạm theo như định nghĩa của LTM 2005. Theo quy định này, chủ thể có quyền đòi tiền phạt vi phạm là bên bị vi phạm, chủ thể có

nghĩa vụ trả tiền phạt vi phạm là bên vi phạm và khách thể các bên hướng đến là một khoản tiền phạt nhất định.

1.1.2. Chức năng của phạt hợp đồng

Theo quy định của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989, bên vi phạm hợp đồng phải trả cho bên bị vi phạm tiền phạt hợp đồng và trong trường hợp có thiệt hại thì phải bồi thường thiệt hại (Khoản 2 Điều 29). Trong cả BLDS 2005 và 2015, phạt vi phạm được nói đến chủ yếu với tư cách là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (Khoản 1 Điều 422 BLDS 2005 và Khoản 1 Điều 418 BLDS 2015), nhưng LTM 2005 quy định phạt vi phạm như là một trong những biện pháp chế tài do vi phạm hợp đồng (Khoản 2 Điều 292). Xuất phát từ các quy định nói trên của pháp luật mà nhiều người có quan điểm cho rằng việc trả tiền phạt vi phạm chỉ được coi là biện pháp trừng phạt do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng. Quan điểm này chỉ phù hợp trong nền kinh tế phi thị trường, kế hoạch hoá. Bởi vì khi đó các chủ thể của quan hệ hợp đồng kinh tế, thương mại chủ yếu tập trung ở doanh nghiệp nhà nước và khi đó việc ký kết và thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được xem là kỷ luật của Nhà nước. Trong cơ chế kinh tế thị trường thì mục đích của việc áp dụng phạt vi phạm còn có những nội dung khác. Vì vậy, cách hiểu trên trở nên không thích hợp. Có thể nói phạt vi phạm tồn tại với ba chức năng như sau [40, tr. 17]:

- Thứ nhất, phạt vi phạm được xem là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng khi chưa có hành vi vi phạm nghĩa vụ;
- Thứ hai, phạt vi phạm thúc đẩy các bên chú ý đến việc thực hiện nghĩa vụ dưới sự đe dọa phải chịu hậu quả bất lợi do không thực hiện nghĩa vụ. Vì vậy, nó còn có chức năng ngăn ngừa hành vi vi phạm;
- Thứ ba, khi có sự vi phạm thì phạt vi phạm được coi là hình thức trách nhiệm do vi phạm hợp đồng, có tính chất trừng phạt bởi vì bản chất của việc trả tiền phạt vi phạm là sự đền bù vật chất cho bên bị vi phạm. Sự đền bù này là sự đền bù đã được định trước chứ không được tính toán dựa vào những thiệt hại thực tế.

Tóm lại, từ ba chức năng nêu trên có thể khái quát phạt vi phạm là biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, biện pháp ngăn ngừa hành vi vi phạm và một phần

nào đó là biện pháp khắc phục hậu quả, bù đắp thiệt hại. Trong đó, chức năng quan trọng nhất là dùng chế tài phạt vi phạm để trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng.

1.1.3. Căn cứ áp dụng phạt hợp đồng

BLDS 2015 không đề cập đến căn cứ áp dụng chế tài phạt vi phạm khi có hành vi vi phạm xảy ra. Tuy nhiên, thông qua định nghĩa được quy định tại Khoản 1 Điều 418 BLDS 2015: “Phạt vi phạm là sự thoả thuận giữa các bên trong hợp đồng, theo đó bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp một khoản tiền cho bên bị vi phạm” có thể suy ra được rằng BLDS 2015 quy định căn cứ phát sinh chế tài phạt vi phạm thống nhất với Điều 300 LTM 2005, bao gồm hai căn cứ sau:

- Có sự thoả thuận về phạt vi phạm trong hợp đồng;
- Có hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra.

1.1.3.1. Có sự thoả thuận về phạt vi phạm trong hợp đồng

Theo Điều 226 LTM 1997 thì phạt vi phạm là biện pháp được thỏa thuận trong hợp đồng hoặc do pháp luật quy định nhưng Khoản 1 Điều 418 BLDS 2015 và Điều 300 LTM 2005 chỉ có một loại phạt vi phạm đó là phạt vi phạm theo thỏa thuận. Tức là, ngày nay văn bản pháp luật chỉ ghi nhận việc phạt vi phạm là vấn đề của hợp đồng chứ không phải là vấn đề do pháp luật quy định. Điều này đã thể hiện rõ được nguyên tắc tự do thỏa thuận trong thương mại nói riêng và trong dân sự nói chung. Sự thỏa thuận về điều khoản phạt vi phạm trong hợp đồng được xem như là điều kiện cần để bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bên vi phạm trả tiền phạt. Đây là một tính chất mang tính đặc trưng mà chỉ có chế tài phạt vi phạm hợp đồng mới có. Phạt vi phạm chỉ được áp dụng trong trường hợp hợp đồng có thỏa thuận và pháp luật quy định sẽ áp dụng loại chế tài này khi có vi phạm nhất định xảy ra, dù có hay không có thiệt hại thực tế. Bên bị vi phạm không có quyền đòi tiền phạt bên vi phạm nếu như trong hợp đồng không có điều khoản thỏa thuận về vấn đề này.

1.1.3.2. Có hành vi vi phạm hợp đồng

Nếu nói rằng sự thỏa thuận phạt vi phạm trong hợp đồng là điều kiện cần thì hành vi vi phạm hợp đồng chính là điều kiện đủ làm phát sinh quan hệ “phạt vi phạm” (trừ những trường hợp được miễn trách). Trong trường hợp không có “vi phạm” xảy ra thì không thể dẫn đến hệ quả “phạt vi phạm” và chủ thể chịu phạt chính là bên có hành vi vi phạm đó. Căn cứ theo Khoản 12 Điều 3 LTM 2005: “Vi phạm hợp đồng là việc một bên không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thỏa thuận giữa các bên hoặc theo quy định của Luật này”. Như vậy, các bên không chỉ thực hiện nghĩa vụ theo như các điều khoản đã thỏa thuận trong hợp đồng mà còn phải thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật. Vì vậy, để xác định được chủ thể có vi phạm hay không, mức độ vi phạm ra sao cần căn cứ vào hợp đồng và các quy định của pháp luật.

Tuy nhiên, không phải tất cả các hành vi vi phạm đều phải gánh chịu hậu quả. Nếu hành vi vi phạm của một bên thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm thì bên vi phạm không bị phạt vi phạm trong trường hợp miễn trách đó. Các trường hợp miễn trách nhiệm sẽ được giới thiệu chi tiết tại phần 1.7 của đề tài này.

1.1.4. Mức phạt hợp đồng

Tại Khoản 2 Điều 418 BLDS 2015 quy định: “Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”. Điều này có thể hiểu là các bên có quyền tùy ý lựa chọn mức phạt vi phạm mà không hề bị điều chỉnh và hạn chế bởi luật. Bên cạnh đó, pháp luật chuyên ngành vẫn tôn trọng quyền thỏa thuận của các bên chủ thể hợp đồng về mức phạt vi phạm như tinh thần BLDS đã đặt ra, tuy nhiên, sự thỏa thuận đó phải nằm trong giới hạn cho phép của từng đạo luật cụ thể. Chẳng hạn như ở các đạo luật thương mại qua các thời kỳ hoặc Luật xây dựng hiện hành. Trước đây, việc giới hạn mức phạt vi phạm hợp đồng thương mại đã được quy định trong các văn bản như Pháp lệnh hợp đồng kinh tế hay LTM 1997. Tuy nhiên, có sự khác biệt cơ bản về mức phạt vi phạm trong các văn bản này. Theo Pháp lệnh hợp đồng kinh tế thì mức phạt được chia theo khung tùy theo từng loại vi phạm (Khoản 2 Điều 13). Còn đối với LTM 1997, mức vi phạm được

giới hạn không quá 8% phần nghĩa vụ bị vi phạm (Điều 228). Ngày nay, văn bản pháp luật điều chỉnh về vấn đề này là LTM 2005 cũng có quy định tương tự như LTM 1997, tại Điều 301, cụ thể: “Mức phạt đối với vi phạm nghĩa vụ hợp đồng hoặc tổng mức phạt đối với nhiều vi phạm do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, trừ trường hợp quy định tại Điều 266 của Luật này”. Ở đây, có một điểm cần lưu ý cho mức phạt tối đa: Mức phạt (hoặc tổng mức phạt) không được vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm chứ không phải dựa trên tổng giá trị hợp đồng.

Riêng đối với dịch vụ giám định, trường hợp thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định cấp chứng thư giám định có kết quả sai do lỗi cố ý thì chịu phạt theo mức đã thỏa thuận nhưng không được quá mười lần thù lao dịch vụ giám định (Khoản 1 Điều 266 LTM 2005).

Đối với Luật Xây dựng 2014, mức phạt hợp đồng được quy định tại Khoản 1, 2 Điều 146, đối với công trình xây dựng sử dụng vốn nhà nước thì mức phạt hợp đồng không vượt quá 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm, các trường hợp còn lại do các bên thỏa thuận, pháp luật không giới hạn mức phạt tối đa. Theo nguyên tắc luật chung và luật chuyên ngành thì Luật Xây dựng được coi là luật chuyên ngành so với LTM, LTM là luật chuyên ngành so với BLDS. Do đó, trong trường hợp hợp đồng xây dựng có thỏa thuận mức phạt tối đa 12% giá trị phần hợp đồng bị vi phạm thì Luật Xây dựng được áp dụng và mức phạt 12% trong hợp đồng là hợp pháp.

1.2. Bồi thường thiệt hại

1.2.1. Khái niệm bồi thường thiệt hại

Trong thời kỳ cổ xưa khi xã hội chưa có nhiều chế định để giải quyết các vụ tranh chấp giữa các cá nhân với nhau nên mỗi khi quyền lợi của cá nhân bị xâm phạm, các cá nhân được tự ý trừng phạt lẫn nhau hoặc bắt đối phương làm nô lệ, hay tước đoạt tài sản của họ. Đây là chế độ “tư nhân phục thù”. Dấu ấn của chế độ này còn lưu lại trong một số điều của Bộ Luật Hồng Đức – được xem là bộ luật tiên bộ nhất, đặc sắc nhất trong hệ thống pháp luật phong kiến Việt Nam và là sự kết hợp hài hòa, học hỏi thành tựu, tinh hoa của pháp luật hướng Nho của Trung Quốc

và vận dụng sáng tạo vào điều kiện kinh tế - xã hội của đất nước lúc bấy giờ.

Ngày nay, kế thừa tư tưởng tiến bộ đó, Nhà nước ta phát triển chế tài này trong tất cả các lĩnh vực, đặc biệt là trong dân sự và thương mại. Luận văn này sẽ tập trung phân tích chế tài bồi thường thiệt hại theo pháp luật thương mại Việt Nam hiện nay. Văn bản hiện đang có hiệu lực điều chỉnh trực tiếp vấn đề này là LTM 2005, đã định nghĩa bồi thường thiệt hại tại Khoản 1 Điều 302 như sau:

“Bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm.”

Việc bồi thường thiệt hại là nghĩa vụ bắt buộc đối với bên vi phạm hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Tại Điều 360 BLDS 2015 không định nghĩa thế nào là bồi thường thiệt hại nhưng quy định khi bên nào có hành vi vi phạm nghĩa vụ và hành vi này là nguyên nhân gây ra tổn thất, thiệt hại cho bên kia (hoặc bất kỳ ai khác – kể cả người không tham gia, ký kết hợp đồng) đều có nghĩa vụ phải bồi thường thiệt hại. Nhưng đối với pháp luật thương mại thì chế tài bồi thường thiệt hại chỉ hướng đến những chủ tham gia vào quan hệ hợp đồng thương mại. Nếu như hình thức phạt hợp đồng có chức năng chủ yếu là trừng phạt, giáo dục và phòng ngừa thì bồi thường thiệt hại có chức năng chủ yếu là bồi hoàn, bù đắp và khôi phục lợi ích bị mất đi cho bên bị vi phạm. Với mục đích này, bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra. BLDS 2015 xem bồi thường thiệt hại là một trong các phương pháp bảo vệ quyền dân sự (Khoản 5 Điều 11).

1.2.2. Căn cứ phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại

Pháp luật dân sự không quy định rõ các căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại nhưng dựa trên các Điều 307, 308 BLDS 2005 và Điều 360, 363, 364 BLDS 2015 có thể suy ra được các căn cứ sau (trừ trường hợp miễn trách nhiệm):

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế;
- Có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thực tế;
- Có lỗi của bên vi phạm.

LTM 2005 đã có quy định rõ các điều kiện áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại tại Điều 303, cụ thể là ba căn cứ đầu tiên trong số bốn căn cứ nêu trên. Điều này có nghĩa rằng bên bị vi phạm chỉ cần chứng minh bên vi phạm đã có hành vi vi phạm hợp đồng mà không cần xét đến yếu tố lỗi của bên bị vi phạm. Từ đây, có thể thấy giữa BLDS và LTM đã có sự khác biệt về căn cứ lỗi của bên vi phạm khi xét đến chế tài bồi thường thiệt hại. Mặc dù hai văn bản chỉ khác nhau duy nhất một căn cứ nhưng làm nảy sinh rất nhiều vấn đề khi áp dụng vào thực tiễn mà tôi sẽ phân tích tại mục 2.2.1.1.

1.2.2.1. Có hành vi vi phạm hợp đồng

Căn cứ đầu tiên cần phải xem xét để xác định có làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại của bên có nghĩa vụ hay không là hành vi vi phạm hợp đồng. Khi một bên vi phạm bất kì một nghĩa vụ nào theo hợp đồng (trừ khi việc vi phạm nghĩa vụ thuộc các trường hợp miễn trách), dẫn đến gây thiệt hại cho bên còn lại, thì bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu bên gây thiệt hại bồi thường cho những tổn thất mà mình phải gánh chịu do sự vi phạm đó. Hành vi vi phạm hợp đồng bao gồm: không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng bất kì một nghĩa vụ nào trong hợp đồng. Về yếu tố này, tôi đã trình bày chi tiết ở phần 1.1.3.2.

Cần nói thêm rằng trong hợp đồng thương mại, bên bị thiệt hại chỉ cần chứng minh bên kia vi phạm hợp đồng, có nghĩa là họ đã không nhận đủ những gì đã thỏa thuận mà không cần phải chứng minh rằng việc vi phạm này là do lỗi của bên vi phạm (trừ trường hợp dịch vụ giám định: người bị thiệt hại là khách hàng khi được cấp chứng thư giám định có kết quả sai phải chứng minh được kết quả đó là sai và là do lỗi của thương nhân kinh doanh dịch vụ giám định - Khoản 3 Điều 266 LTM 2005). Bên vi phạm muốn tránh khỏi trách nhiệm do vi phạm hợp đồng thì phải chứng minh hành vi vi phạm thuộc vào một trong các trường hợp miễn trách nhiệm.

1.2.2.2. Có thiệt hại thực tế

Nhìn chung, pháp luật thương mại Việt Nam cũng như các nước Châu Âu và các văn bản pháp luật thương mại khác đều đưa ra nguyên tắc rằng: có thiệt hại thì mới bồi thường. Tức là, nếu có hành vi vi phạm nhưng không gây ra thiệt hại thì

không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Pháp luật Việt Nam quy định thiệt hại ở đây phải là thiệt hại thực tế, phát sinh một cách chắc chắn và hợp lý.

Thiệt hại là sự giảm sút hoặc mất mát những lợi ích về mặt vật chất hoặc tinh thần được pháp luật bảo vệ. Thiệt hại vật chất là những tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra. Thiệt hại tinh thần là những thiệt hại về danh dự, uy tín do hành vi vi phạm gây ra. Điều cần được xác định không chỉ là sự tồn tại của thiệt hại mà còn bao gồm cả phạm vi và mức độ của thiệt hại. Theo Khoản 2 Điều 302 LTM 2005 thì những thiệt hại thực tế này bao gồm: “giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng” (ví dụ: giá trị tài sản bị mất mát hư hỏng, chi phí hợp lý để ngăn chặn và hạn chế tổn thất, lợi nhuận bị bỏ lỡ...).

Ví dụ: Công ty A ký hợp đồng mua bán với công ty vật liệu xây dựng B. Theo hợp đồng, ngày 20/9/2010 công ty B phải giao 20 tấn thép, 20 tấn xi măng, 200 tấm tôn lợp mái chủng loại theo phụ lục hợp đồng đã ký kết. Còn đối với công ty A, cũng đến ngày 20/9/2010 phải gửi tiền qua tài khoản cho công ty B. Đến thời hạn 20/9/2010, công ty A gửi tiền cho công ty B theo đúng thỏa thuận nhưng công ty B vẫn chưa giao hàng cho công ty A. Cho đến ngày 15/10/2010 công ty B vẫn chưa chịu giao hàng. Công ty B đưa ra lý do rằng phương tiện vận tải đang bị hư hỏng nên không thể giao hàng được. Rõ ràng là lý do này không thể chấp nhận, vì công ty B phải chuẩn bị phương tiện đầy đủ để phục vụ việc kinh doanh của mình. Hơn nữa, giả sử công ty vẫn chưa chuẩn bị kịp phương tiện thì phải có giải pháp để hoàn thành nghĩa vụ của hợp đồng, ví dụ như thuê xe (hiện nay việc thuê xe là điều dễ dàng) chẳng hạn. Vì vậy lý do mà công ty B đưa ra không được chấp nhận. Mặt khác, cho đến ngày 15/10/2010 mà công ty B vẫn chưa giao hàng (quá chậm hoặc có thể coi là không giao hàng). Trong thời gian công ty A ký kết hợp đồng với công ty B, công ty A có hợp đồng cung cấp vật liệu xây dựng với một chủ dự án C. Chính vì sự chậm trễ của công ty B nên công ty A đã vi phạm hợp đồng đối với chủ dự án C. Cho nên công ty B phải bồi thường thiệt hại cho công ty A bao gồm thiệt hại đối với lô hàng 2 công ty đã ký kết, khoản bồi thường mà công ty A phải bồi

thường cho chủ dự án C và cả khoản lãi mà công ty A đáng được hưởng nếu thực hiện đúng hợp đồng với C. Những khoản bồi thường này là phù hợp với Khoản 2 Điều 302 LTM 2005 quy định.

BLDS 2005 và BLDS 2015 đều có đề cập đến bồi thường thiệt hại, thiệt hại bao gồm thiệt hại vật chất và thiệt hại tinh thần. Về thiệt hại về vật chất, tương tự như LTM 2005, Khoản 2 Điều 307 BLDS 2005 quy định: “Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút”; tuy nhiên, Khoản 2 Điều 419 BLDS 2015 còn quy định thêm: “...Người có quyền còn có thể yêu cầu người có nghĩa vụ chi trả chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng *mà không trùng lặp* với mức bồi thường thiệt hại cho lợi ích mà hợp đồng mang lại”. Cụm từ “không trùng lặp” cho thấy quy định pháp luật về vấn đề này dần được hoàn thiện và cũng là bước đà cho việc sửa đổi LTM 2005 sau này. Đối với thiệt hại về tinh thần, Khoản 3 Điều 419 BLDS 2015 quy định: “Theo yêu cầu của người có quyền, Tòa án có thể buộc người có nghĩa vụ bồi thường thiệt hại về tinh thần cho người có quyền. Mức bồi thường do Tòa án quyết định căn cứ vào nội dung vụ việc”. Điều này cho thấy, pháp luật Việt Nam đã chấp nhận việc yêu cầu bồi thường thiệt hại tinh thần khi có hành vi vi phạm hợp đồng. Đây cũng là một sự tiến bộ của hệ thống pháp luật nước ta.

1.2.2.3. Quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại

Không phải cứ có thiệt hại là làm phát sinh trách nhiệm bồi thường và cũng không phải cứ có việc không thực hiện đúng hợp đồng là trách nhiệm này phát sinh. Trong pháp luật thương mại, ngoài việc có hành vi vi phạm hợp đồng và thiệt hại thực tế xảy ra như đã phân tích ở trên thì cần có thêm yếu tố “nhân quả”. Trong đó, hành vi vi phạm là nguyên nhân sinh ra hậu quả là thiệt hại. Hành vi vi phạm trên thực tế là nguyên nhân trực tiếp có ý nghĩa quyết định đối với thiệt hại xảy ra và chỉ khi nào thiệt hại xảy ra là hậu quả tất yếu của hành vi vi phạm thì người vi phạm mới phải bồi thường thiệt hại. Trong lĩnh vực hợp đồng cũng vậy, chỉ khi nào hành

vi phạm hợp đồng của một bên là nguyên nhân dẫn đến những tổn thất, thiệt hại cho bên kia thì bên vi phạm mới phải chịu trách nhiệm. Trong trường hợp thiệt hại xảy ra không phải do hành vi vi phạm hợp đồng của một bên gây ra mà do nguyên nhân khác thì sẽ không đặt ra vấn đề bồi thường thiệt hại.

1.2.3. Nghĩa vụ chứng minh tổn thất

Điều 304 LTM 2005 quy định nghĩa vụ này thuộc về bên yêu cầu bồi thường thiệt hại, cụ thể: Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải chứng minh tổn thất, mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Tức là họ phải chứng minh được tổn thất cũng như mức độ tổn thất do hành vi vi phạm gây ra và những khoản lợi mà mình nhận được nếu không có hành vi vi phạm xảy ra. Hay nói một cách khác, nếu bên yêu cầu không chứng minh được những thiệt hại thì họ bị mất quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

1.2.4. Nghĩa vụ hạn chế tổn thất

Việc không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hợp đồng thường làm phát sinh thiệt hại và bên vi phạm buộc phải bồi thường để bù đắp lại những tổn thất đó. Trong nhiều trường hợp, bên bị vi phạm có thể có những biện pháp để hạn chế tổn thất nhưng vẫn để mặc, chờ đợi bồi thường. Tuy BLDS không có quy định về nghĩa vụ này nhưng với mục đích tránh tình trạng thụ động này của bên bị thiệt hại, LTM 2005 đã đưa ra quy định buộc bên bị vi phạm phải có nghĩa vụ hạn chế tổn thất. Cụ thể được quy định tại Điều 305 LTM 2005 như sau:

“Bên yêu cầu bồi thường thiệt hại phải áp dụng các biện pháp hợp lý để hạn chế tổn thất kể cả tổn thất đối với khoản lợi trực tiếp đáng lẽ được hưởng do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra; nếu bên yêu cầu bồi thường thiệt hại không áp dụng các biện pháp đó, bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại bằng mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được.”

Dễ dàng nhận ra điều luật này rất đề cao ý chí hợp tác, thiện chí của các chủ thể trong hợp đồng – là một trong những nguyên tắc cơ bản và quan trọng trong giao kết hợp đồng được quy định ở Điều 11 LTM 2005, Khoản 2 Điều 389 BLDS

2005 và Khoản 3 Điều 3 BLDS 2015. LTM hiện hành đã ghi nhận trách nhiệm hạn chế thiệt hại như một quy định chung cho tất cả các hợp đồng thương mại. Hiển nhiên, một bên đã phải gánh chịu những hậu quả của việc vi phạm hợp đồng thì không nên bị yêu cầu phải thực hiện thêm những biện pháp tốn kém thời gian và tiền bạc để khắc phục. Mặt khác, về phương diện kinh tế sẽ bất hợp lý khi cho phép việc gia tăng những thiệt hại mà lẽ ra có thể tránh được hay giảm bớt được bằng một số biện pháp thích hợp. Như vậy sẽ gây ra tình trạng lãng phí.

Theo như quy định trên, khi bên có quyền không hạn chế thiệt hại thì bên có nghĩa vụ được phép viện dẫn nhằm miễn giảm trách nhiệm của mình. Vì vậy, bên bị vi phạm phải áp dụng các biện pháp cần thiết trong khả năng của mình để giảm thiểu thiệt hại đến mức thấp nhất có thể, nếu không thì bên vi phạm có quyền yêu cầu giảm bớt số tiền bồi thường thiệt hại bằng với mức tổn thất đáng lẽ có thể hạn chế được. Ngược lại, bên bị thiệt hại cũng có thể yêu cầu bồi thường những chi phí phát sinh trong quá trình khắc phục thiệt hại, với điều kiện là những chi phí này phải là những chi phí hợp lý và có thể chứng minh được.

1.2.5. Kết hợp chế tài buộc bồi thường thiệt hại với các biện pháp khác

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 299, Điều 307, Điều 309, Khoản 2 Điều 311, Khoản 3 Điều 314, Điều 316 LTM 2005, chế tài buộc bồi thường thiệt hại có thể kết hợp song song với các chế tài khác như buộc thực hiện đúng hợp đồng, phạt vi phạm, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, đình chỉ thực hiện hợp đồng, hủy bỏ thực hiện hợp đồng, các biện pháp chế tài khác do các bên thỏa thuận mà không trái pháp luật. Cho nên, khi có hành vi vi phạm xảy ra làm phát sinh thiệt hại thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại nhưng không làm mất đi quyền áp dụng các biện pháp chế tài khác. Riêng về vấn đề kết hợp giữa chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại sẽ được nói rõ hơn ở phần 1.4 có tiêu đề “Sự kết hợp giữa chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại”.

1.3. Nghĩa vụ chứng minh

Khi có hành vi vi phạm xảy ra, bên bị vi phạm không nhận được những gì đáng lẽ phải nhận được theo thỏa thuận trong hợp đồng. Từ đó, họ đưa ra các yêu

cầu buộc bên vi phạm chịu phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại. Dựa vào các phân tích ở trên, BLDS và LTM đều thống nhất rằng bên đưa ra yêu cầu phải chứng minh cho yêu cầu của mình.

Đối với phạt vi phạm, bên bị vi phạm muốn áp dụng chế tài phạt vi phạm phải chứng minh có đủ căn cứ để phạt vi phạm, bao gồm: có thỏa thuận phạt vi phạm và có hành vi vi phạm hợp đồng. Thỏa thuận phạt vi phạm có thể được chứng minh bằng cách dẫn chứng Hợp đồng, Phụ lục hợp đồng hoặc các chứng cứ khác ghi nhận sự thỏa thuận của các bên. Về hành vi vi phạm, bên bị vi phạm cần chứng minh được mình đã không nhận được hoặc không nhận đủ những gì đã thỏa thuận.

Đối với bồi thường thiệt hại, bên yêu cầu phải chứng minh các căn cứ đòi bồi thường thiệt hại đã được thỏa mãn, bao gồm: có hành vi vi phạm xảy ra, có thiệt hại thực tế và có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm. Cần lưu ý là trong dân sự thì cần phải chứng minh thêm yếu tố lỗi của bên vi phạm và ngược lại trong thương mại thì không cần chứng minh lỗi. Trong các căn cứ trên, quan trọng nhất đó là bên yêu cầu phải chứng minh được các thiệt hại. Trong trường hợp trên thực tế, các căn cứ nêu trên đều thỏa mãn nhưng không đưa ra chứng cứ chứng minh các khoản thiệt hại thì vẫn bị bác bỏ quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại như đã phân tích tại mục 1.2.3. Về nghĩa vụ chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại thuộc cũng về nghĩa vụ của bên bị vi phạm. Bởi vì lý do rất đơn giản là bên bị vi phạm một khi đã bị tổn thất thì càng muốn được bồi thường nhiều hơn nên sẽ đưa ra tất cả những thiệt hại mà mình đã gánh chịu. Nhưng pháp luật chỉ cho phép được hưởng những khoản bồi thường thiệt hại là nguyên nhân trực tiếp của hành vi vi phạm nên buộc bên bị vi phạm phải chứng minh được những khoản thiệt hại mà họ đưa ra là kết quả của hành vi vi phạm, nếu không chứng minh được thì sẽ không được bồi thường. Ví dụ: người bán giao hàng chậm dẫn đến việc người mua không bán được hàng hoặc giá hàng hóa bị giảm xuống so với thời điểm giao hàng đã thỏa thuận làm mất đi một khoản lợi nhuận mà lẽ ra người mua được hưởng. Trong trường hợp này để buộc bên vi phạm bồi thường thiệt hại thì người mua cần chứng minh rằng: có hành vi vi phạm (giao hàng chậm hơn so với thỏa thuận), có thiệt hại

thực tế xảy ra (khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ), có mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm và thiệt hại (chính việc giao hàng chậm của người bán làm cho người mua không có hàng để tiêu thụ dẫn đến khách hàng đã tìm kiếm một nguồn khác để mua hàng và người mua buộc phải bán rẻ lô hàng trên cho người khác để hạn chế các chi phí lưu kho, bảo quản...).

Tuy nhiên, vẫn có những trường hợp ngoại lệ mà bên yêu cầu không cần phải chứng minh. Chẳng hạn như trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thì người tiêu dùng không có nghĩa vụ chứng minh yếu tố lỗi mà thương nhân (tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ) phải chứng minh mình không có lỗi gây thiệt hại (Điều 42 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và Điểm a Khoản 1 Điều 91 Bộ luật tố tụng dân sự 2015).

1.4. Sự kết hợp giữa phạt hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại

Tại Khoản 3 Điều 422 BLDS 2005 và Khoản 3 Điều 418 BLDS 2015 quy định các hợp đồng dân sự có thỏa thuận phạt vi phạm có ba trường hợp xảy ra khi kết hợp chế tài phạt vi phạm và chế tài buộc bồi thường thiệt hại:

- Kết hợp khi có thỏa thuận: “Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ vừa phải nộp phạt vi phạm và vừa phải bồi thường thiệt hại.”

- Không kết hợp khi có thỏa thuận: “Các bên có thể thỏa thuận về việc bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp tiền phạt vi phạm mà không phải bồi thường thiệt hại.”
Hiểu một cách đơn giản là hai bên có thể thỏa thuận chỉ áp dụng phạt vi phạm khi có hành vi vi phạm xảy ra.

- Không kết hợp khi không có thỏa thuận: “Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì bên vi phạm nghĩa vụ chỉ phải nộp tiền phạt vi phạm.”

Vấn đề này cũng được quy định tại Điều 307 LTM 2005 như sau:

“Điều 307. Quan hệ giữa chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại

1. Trường hợp các bên không có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác.

2. Trường hợp các bên có thỏa thuận phạt vi phạm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng cả chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp Luật này có quy định khác.”

Mặc dù BLDS được xem như là luật chung, điều chỉnh những vấn đề mà luật chuyên ngành không đề cập đến. Tuy nhiên, BLDS và LTM lại có quy định trái ngược nhau về mối quan hệ giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. LTM chỉ quy định thỏa thuận về phạt vi phạm chứ không thỏa thuận trước về bồi thường thiệt hại vì nếu không có thỏa thuận gì khác thì bên bị thiệt hại có quyền mặc nhiên áp dụng chế tài buộc bồi thường thiệt hại. Nói một cách khác là khi hợp đồng thương mại có thỏa thuận phạt nhưng không thỏa thuận bồi thường thì bên bị vi phạm quyền lợi được quyền yêu cầu sử dụng cả hai chế tài. Theo đó, một lần nữa, Điều 316 LTM 2005 cũng khẳng định điều này: “Một bên không bị mất quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại đối với tổn thất do vi phạm hợp đồng của bên kia khi đã áp dụng các chế tài khác”. Tuy nhiên, để có thể áp dụng cùng lúc hai chế tài trên thì cần có thêm điều kiện thỏa thuận trong hợp đồng, cụ thể là nếu trong hợp đồng có thỏa thuận phạt vi phạm thì khi có hành vi vi phạm xảy ra thì mới được phép yêu cầu phạt và bồi thường, ngược lại, nếu không có điều khoản thỏa thuận về phạt vi phạm thì bên bị thiệt hại chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại. Nhưng với BLDS thì khi có thỏa thuận về phạt vi phạm nhưng không thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì không được áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại. Trong trường hợp này, hai chế tài không thể cùng được áp dụng một lúc, hoàn toàn trái ngược so với LTM 2005. Từ đó có thể thấy rằng, theo quy định của BLDS thì chế tài phạt vi phạm đã loại bỏ chế tài buộc bồi thường thiệt hại với tình huống nói trên.

Cần nói thêm, quy định trên của LTM 2005 là một điểm mới bởi vì LTM 1997 không cho phép áp dụng hai chế tài này cùng lúc: “Trong trường hợp các bên không có thỏa thuận khác thì bên có quyền lợi bị vi phạm được lựa chọn một trong hai chế tài là phạt vi phạm hoặc buộc bồi thường thiệt hại đối với cùng một vi phạm”. Tức là, bên bị vi phạm chỉ có thể lựa chọn một trong hai biện pháp chứ không được phép yêu cầu áp dụng cả hai.

1.5. Tiền lãi do chậm thanh toán

Hầu hết các hợp đồng thương mại hiện nay đều có nghĩa vụ thanh toán một khoản tiền. Trong đó, có những trường hợp mà tiền đóng vai trò là mục đích và nội dung chính của hợp đồng (ví dụ: hợp đồng tín dụng...); nhưng cũng có những trường hợp tiền chỉ là một trong những nội dung của hợp đồng (ví dụ: nghĩa vụ thanh toán...). Cũng giống như hệ thống luật pháp của các nước Châu Âu hay các văn bản pháp lý Thương mại quốc tế chẳng hạn như Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2010 hay Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế năm 1980, pháp luật Việt Nam cũng đưa ra quy định về tiền lãi do chậm thanh toán. Trong BLDS 2005, tại Khoản 2 Điều 305 có nói: “Trong trường hợp bên có nghĩa vụ chậm trả tiền thì bên đó phải trả lãi đối với số tiền chậm trả theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời gian chậm trả tại thời điểm thanh toán, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Tại Điều 357 và Điều 468 BLDS 2015 cũng quy định tương tự về trách nhiệm do chậm thực hiện nghĩa vụ như BLDS 2005, tuy nhiên, về mức lãi suất sẽ do hai bên thỏa thuận nhưng không quá 20%/năm của khoản tiền chậm trả (trừ trường hợp có quy định khác), nếu hai bên không có thỏa thuận thì mức lãi suất bằng một nửa so với lãi suất trần nếu hai bên thỏa thuận được, tức là 10%/năm của khoản tiền chậm trả. Đặc biệt, tại Điều 306 LTM 2005 cũng có quy định về vấn đề này: “Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hay chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên bị vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu trả tiền lãi trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”.

Từ những quy định trên có thể nhận ra các đặc điểm của lãi chậm trả:

- Không cần có thỏa thuận về việc trả lãi;
- Không cần chứng minh thiệt hại.

Pháp luật hiện hành quy định có hai loại lãi chậm trả là lãi chậm trả theo thỏa thuận và lãi chậm trả theo quy định của pháp luật. Đối với lãi chậm trả theo thỏa

thuận, nó mang bản chất của chế tài phạt vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Bởi vì trước khi việc chậm thanh toán xảy ra, hai bên chủ thể đã có thỏa thuận trước về việc chịu lãi và mức lãi theo ngày hay tháng. Còn về lãi chậm trả theo quy định của pháp luật, BLDS 2015 và LTM 2005 đưa ra hai mức lãi hoàn toàn khác nhau: “...do các bên thỏa thuận nhưng không vượt quá 20%/năm của khoản tiền chậm trả, nếu không thỏa thuận được và có tranh chấp thì lãi suất bằng một nửa của 20%/năm của khoản tiền chậm trả” (Khoản 1 Điều 468 BLDS 2015) và “theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán” (Điều 306 LTM 2005). Với sự khác biệt như vậy, cần phải hết sức lưu ý trong việc xác định đâu là quan hệ dân sự và đâu là quan hệ thương mại để áp dụng luật một cách chính xác.

1.6. Vai trò của phạt hợp đồng và buộc bồi thường thiệt hại trong thương mại

Những căn cứ pháp lý và những lý luận nêu trên cho thấy rằng chế tài trong thương mại nói chung và chế tài phạt vi phạm, buộc bồi thường thiệt hại nói riêng có ảnh hưởng rất lớn trong việc bảo vệ quyền lợi của các bên, đảm bảo tính công bằng cũng như việc nghiêm túc thực hiện hợp đồng của các chủ thể. Vì vậy, hai loại chế tài này đóng một vai trò không nhỏ trong quá trình đàm phán cũng như là thực hiện hợp đồng.

1.6.1. Nâng cao ý thức thực hiện hợp đồng trong thương mại

BLDS 2005, BLDS 2015 và LTM 2005 đều đề cao nguyên tắc tự do, tự nguyện và thiện chí khi thực hiện hợp đồng. Các chủ thể có thể tự do thỏa thuận, ký kết hợp đồng theo ý chí của mình trong khuôn khổ cho phép, pháp luật không thừa nhận những trường hợp bị cưỡng ép, lừa dối. Tuy nhiên, một khi thỏa thuận đã đạt được thì hai bên cần nghiêm túc thực hiện. Có những trường hợp biết trước rằng việc tiếp tục thực hiện sẽ dẫn đến tình trạng bất lợi cho mình nhưng nếu không thực hiện thì sẽ bị đối tác yêu cầu phạt hay bồi thường thiệt hại, tình trạng sẽ càng tồi tệ hơn nữa nên dù không muốn nhưng vẫn phải tuân thủ thỏa thuận. Pháp luật đưa ra các quy định về chế tài đã giúp cho những chủ thể khi tham gia vào quan hệ hợp đồng có thể bảo vệ được quyền lợi của mình khi bị xâm phạm. Điều này cho thấy,

hai loại chế tài trên có vai trò trong việc hình thành và củng cố thái độ tích cực của các bên đối với nghĩa vụ phát sinh từ những thỏa thuận trong hợp đồng.

1.6.2. Đảm bảo việc thực hiện hợp đồng

Bên cạnh việc áp dụng chế tài làm tăng ý thức thực hiện hợp đồng của các bên thì còn có vai trò đảm bảo việc thực hiện hợp đồng. Thỏa thuận điều khoản về chế tài phạt hay bồi thường để một phần nào đó tạo ra niềm tin cho các bên khi cùng nhau hợp tác.

1.6.3. Bảo vệ lợi ích của các bên khi có hành vi vi phạm xảy ra

Trong thương mại, các bên thực hiện việc giao kết hợp đồng chủ yếu với mục đích lợi nhuận, và tất nhiên là các thương nhân đều muốn kiếm về cho mình lợi nhuận cao hơn nữa. Từ đó, đã xảy ra không ít các hành vi cạnh tranh không lành mạnh, hành vi vi phạm hợp đồng như không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ các nghĩa vụ. Các hành vi này luôn tiềm ẩn cao những nguy cơ gây thiệt hại cho đối tác. Vì vậy, pháp luật đã đưa ra quy định về các chế tài cũng góp phần bảo vệ quyền lợi, lợi ích của bên bị vi phạm khi có hành vi vi phạm xảy ra. Lúc này, việc yêu cầu áp dụng phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, không chỉ dừng lại ở đó, pháp luật cũng bảo vệ cho cả bên vi phạm trong các trường hợp được miễn trách nhiệm, các căn cứ, chứng minh, thủ tục áp dụng, mức phạt... để đảm bảo rằng bên vi phạm chỉ phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình đúng theo mức độ vi phạm. Vậy, chế tài phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại nói riêng và các chế tài khác nói chung không chỉ bảo vệ quyền lợi, lợi ích cho bên bị vi phạm mà còn bảo vệ cho cả bên vi phạm trong quan hệ hợp đồng thương mại.

1.6.4. Răn đe và phòng ngừa vi phạm hợp đồng thương mại

Khi hợp đồng chưa được thực hiện thì các điều khoản về chế tài phạt vi phạm hay thỏa thuận bồi thường thiệt hại đóng vai trò như những biện pháp răn đe, phòng ngừa việc vi phạm của chủ thể hợp đồng. Thậm chí, trong trường hợp không có thỏa thuận về bồi thường thiệt hại thì chế tài này vẫn được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra, mặc dù có thể không được hiện diện trong hợp đồng nhưng nó vẫn ngầm mang tính chất ngăn ngừa vi phạm. Các điều khoản về phạt hay bồi thường trong hợp

đồng đóng vai trò như các điều khoản cảnh báo, có tác dụng đánh vào tâm lý của thương nhân vì thông thường, việc áp dụng chế tài này sẽ đem lại bất lợi lớn hơn so với lợi nhuận thu được từ việc vi phạm. Điều này sẽ làm giảm bớt các ý định chấp nhận vi phạm hợp đồng để thu về được khoản lợi lớn hơn. Ví dụ: A ký hợp đồng bán một lô hàng cho B, thời gian giao hàng là vào ngày 9/9/2012. Vào ngày 1/9/2012, A đã gom đủ hàng chờ giao cho B, cùng lúc đó, C tìm đến A thỏa thuận về việc mua lô hàng nói trên với mức giá cao hơn. A tính toán nếu bán lô hàng cho C thì có thể thu về khoản lợi lớn hơn so với việc bán cho B. Nhưng không may cho A là trong hợp đồng giữa A và B có thỏa thuận về phạt vi phạm và mức bồi thường thiệt hại. Nếu tính ra thì khi vi phạm hợp đồng với B, A phải chịu một khoản tiền phạt và bồi thường cao hơn chênh lệch giá khi bán lô hàng cho C. Vì vậy, có thể nói, hai loại chế tài này đã tác động mạnh mẽ vào ý thức thực hiện hợp đồng, nâng cao tinh thần trách nhiệm của các bên, qua đó thể hiện sự răn đe và phòng ngừa việc trốn tránh thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Như vậy, việc quy định cụ thể các nguyên tắc và căn cứ áp dụng phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại trong thương mại, LTM 2005 đã khẳng định được vai trò của mình là rất quan trọng trong việc phòng ngừa mọi biểu hiện vi phạm pháp luật, đảm bảo thực hiện hợp đồng. Ngoài ra còn có tác dụng giáo dục, nâng cao ý thức trách nhiệm trong việc thực hiện các điều khoản hợp đồng mà các bên đã tự nguyện thiết lập.

1.7. Miễn trách nhiệm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại

Trong quá trình thực hiện hợp đồng, khi một bên vi phạm hợp đồng, tức là thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ các nghĩa vụ đã thỏa thuận thì phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình. Tuy nhiên, không phải bất cứ trường hợp có hành vi vi phạm nào cũng dẫn đến hậu quả là bị áp dụng chế tài. Nếu hành vi vi phạm của một bên thuộc các trường hợp được miễn trách nhiệm mà bên vi phạm có thể chứng minh được, thì họ không bị yêu cầu phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại. Các trường hợp miễn trách nhiệm này có thể được các bên thỏa thuận trong hợp đồng hoặc được pháp luật quy định. BLDS 2005 và BLDS 2015 đã quy định cụ thể các

trường hợp miễn trách nhiệm đối với các hành vi vi phạm nhằm làm cơ sở để các bên tham gia hợp đồng giải quyết tranh chấp về vấn đề này một cách thuận lợi hơn, cụ thể:

- Sự kiện bất khả kháng (Khoản 2 Điều 302 BLDS 2005 và Khoản 2 Điều 351 BLDS 2015);

- Thiệt hại xảy ra là hoàn toàn do lỗi của bên bị vi phạm (Khoản 3 Điều 302 BLDS 2005 và Khoản 3 Điều 351 BLDS 2015);

- Thỏa thuận của các bên chủ thể trong hợp đồng (Khoản 6 Điều 402 BLDS 2005 và Điểm e Khoản 2 Điều 398 BLDS 2015).

Khác với BLDS, Khoản 1 Điều 294 LTM 2005 đã quy định bốn trường hợp miễn trách nhiệm, bao gồm ba trường hợp nêu trên và trường hợp hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Vậy, có sự khác biệt giữa các trường hợp được miễn trách nhiệm giữa luật cơ sở và luật chuyên ngành. Ngoài ra, cách sử dụng từ ngữ cũng khác nhau, BLDS sử dụng cụm từ “không phải chịu trách nhiệm dân sự” trong khi LTM nói đến “miễn trách nhiệm”. Mới nghe qua thì có vẻ như hai cụm từ trên cùng nghĩa với nhau, nhưng thật ra vẫn có sự khác biệt:

- “Không phải chịu trách nhiệm” được hiểu theo hai nghĩa:

- Trách nhiệm chưa phát sinh nên không phải chịu trách nhiệm (không có trách nhiệm)

- Trách nhiệm đã phát sinh nhưng không phải chịu trách nhiệm (giống như “miễn trách nhiệm”)

- “Miễn trách nhiệm” tức là đã phát sinh trách nhiệm nhưng được miễn, không yêu cầu phải thực hiện.

Theo các văn bản Luật về thương mại trên thế giới ví dụ như Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010 tại Điều 7.1.7 cũng sử dụng thuật ngữ “miễn trách nhiệm”. Mặc dù, BLDS 2015 là văn bản sửa đổi thay thế cho BLDS 2005, có hiệu lực vào ngày 01/01/2017 nhưng về vấn đề này, BLDS 2015

vẫn giữ nguyên quan điểm như BLDS 2005. Thiết nghĩ rằng, pháp luật Việt Nam cũng nên điều chỉnh để có được sự thống nhất giữa cách dùng từ ngữ trong các văn bản luật để các cơ quan xét xử cũng như các cá nhân, tổ chức có thể dễ dàng áp dụng mà không gây ra nhầm lẫn.

Tuy nhiên, vì từng lĩnh vực có những đặc thù khác nhau nên một số luật chuyên ngành có quy định những trường hợp miễn trách nhiệm khác với BLDS và LTM. Chẳng hạn như, Điều 24 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng quy định về miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do hàng hóa có khuyết tật gây ra hoặc Điều 62 Luật chất lượng sản phẩm, hàng hóa quy định về các trường hợp không phải bồi thường thiệt hại. Xét thấy những quy định như vậy là cần thiết cho những trường hợp đặc biệt.

1.7.1. Các trường hợp miễn trách nhiệm

1.7.1.1. Miễn trách nhiệm theo thỏa thuận

Dựa trên nguyên tắc tự nguyện, tự do thỏa thuận không trái pháp luật, các bên có thể đưa ra điều khoản miễn trách trong hợp đồng. Điều khoản miễn trách trong hợp đồng là các điều khoản miễn trừ trách nhiệm của một bên trong những trường hợp cụ thể do các bên dự liệu khi giao kết hợp đồng. Hay nói cách khác, những điều khoản miễn trách là những điều khoản cho phép một bên thực hiện nghĩa vụ về cơ bản khác hoàn toàn so với những gì mà bên kia mong đợi một cách hợp lý. Trên thực tế, những điều khoản như vậy ngầm cho phép một bên đơn phương sửa đổi việc thực hiện hợp đồng như đã thỏa thuận, thậm chí là làm sai lệch mục đích của hợp đồng.

Ví dụ: các bên có thể thỏa thuận: “Nếu tại thời điểm giao hàng mà giá loại hàng đó trên thị trường thay đổi 20% so với thời điểm ký kết hợp đồng thì các bên có thể thỏa thuận lại. Nếu việc đàm phán không thành mà gây thiệt hại cho một trong các bên thì phía bên kia không phải chịu trách nhiệm”

Trong trường hợp hợp đồng được thể hiện bằng văn bản thì điều khoản miễn trách sẽ được ghi nhận trong hợp đồng hoặc phụ lục hợp đồng. Kể cả khi hợp đồng đã giao kết các bên vẫn có thể thỏa thuận bằng lời nói hoặc hành vi cụ thể hoặc sửa

đổi, bổ sung vào hợp đồng các trường hợp miễn trách nhiệm. Khi hợp đồng được giao kết bằng lời nói hoặc hành vi cụ thể thì thỏa thuận miễn trách nhiệm cũng có thể được thể hiện bằng lời nói hoặc hành vi cụ thể. Tuy nhiên, việc chứng minh sự tồn tại một thỏa thuận không bằng văn bản sẽ gặp những khó khăn nhất định, dễ dẫn đến tranh chấp khi có hành vi vi phạm xảy ra.

Khi xảy ra trường hợp miễn trách mà các bên đã thỏa thuận thì bên vi phạm sẽ không phải chịu phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại. Hay nói một cách khác, bên bị vi phạm được giải thoát khỏi trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng vì đưa ra được những cơ sở, căn cứ miễn trách nhiệm chính là điều khoản miễn trách nhiệm đã thỏa thuận. Tuy nhiên, vẫn có trường hợp ngoại lệ, mặc dù các bên có thỏa thuận các trường hợp miễn trách nhiệm nhưng khi có hành vi vi phạm xảy ra thì không được miễn. Ví dụ tại Khoản 3 Điều 405 BLDS 2015, trong trường hợp hợp đồng mẫu có các điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng mẫu thì điều khoản đó bị vô hiệu trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Hoặc tại Điểm a Khoản 1 Điều 16 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, điều khoản loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng sẽ bị xem là không có hiệu lực.

1.7.1.2. Miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng

Theo Công ước quốc tế như Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1980, Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2010 và luật của các nước về hợp đồng thương mại thì sau khi ký hợp đồng, nếu một bên không thực hiện một phần hay toàn bộ hợp đồng vì gặp bất khả kháng thì không chịu trách nhiệm trước bên kia, tức là được miễn trách. Trường hợp bất khả kháng là căn cứ miễn trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng được quy định tại Điểm b Khoản 1 Điều 294 LTM 2005. Tại Khoản 2 Điều 77 LTM 1997 có nói về định nghĩa bất khả kháng nhưng LTM 2005 hiện hành là văn bản sửa đổi thay thế LTM 1997 lại không nhắc đến định nghĩa thống nhất về bất khả kháng và cũng không liệt kê cụ thể các trường hợp, các sự kiện được công nhận là bất khả kháng. Tuy nhiên, Khoản 1 Điều 161 BLDS 2005 và Khoản 1 Điều 156 BLDS 2015 có quy định định nghĩa sự kiện

bất khả kháng. “*Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép*”. Ngoài ra, Quyết định số 31/2006/QĐ-BCN của Bộ Công nghiệp về việc ban hành Quy định Kiểm tra hoạt động điện lực và sử dụng điện, giải quyết tranh chấp hợp đồng mua bán điện cũng có quy định về sự kiện bất khả kháng tại Khoản 1 Điều 3: “*Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép*”. Từ đó, có thể thấy rằng pháp luật Việt Nam có cùng một quan điểm khá thống nhất trong việc định nghĩa sự kiện bất khả kháng.

Thông thường, sự kiện bất khả kháng có thể là những hiện tượng do thiên nhiên gây ra như lũ lụt, hỏa hoạn, bão, động đất, sóng thần... Việc coi các hiện tượng thiên tai được áp dụng khá thống nhất trong pháp luật và thực tiễn của các nước trên thế giới. Nhưng không phải tất cả các hiện tượng do thiên nhiên gây ra đều là sự kiện bất khả kháng.

Ngoài ra, sự kiện bất khả kháng cũng có thể là những hiện tượng xã hội như chiến tranh, bạo loạn, đảo chính, đình công, cấm vận, thay đổi chính sách của chính phủ, quốc hữu hóa... Việc hiểu và thừa nhận các hiện tượng xã hội là sự kiện bất khả kháng là rất đa dạng và vẫn thường gây ra tranh cãi.

Có những sự kiện khi xảy ra sẽ trở thành sự kiện bất khả kháng nếu các bên đã thỏa thuận trước và ngược lại, nếu không thỏa thuận thì pháp luật sẽ không công nhận đó là sự kiện bất khả kháng: mất điện, lỗi đường truyền mạng, bên cung cấp hàng chậm giao hàng...

Đến nay, vẫn chưa có một văn bản nào quy định một cách cụ thể các trường hợp bất khả kháng để làm cơ sở xác định khi có tranh chấp xảy ra. Do đó, hiện tại các nhà làm luật cũng chỉ có thể dựa vào định nghĩa bất khả kháng nêu trên để xác định đâu là sự kiện bất khả kháng. Để được xem là bất khả kháng thì một sự kiện phải thỏa mãn ba điều kiện sau:

- Thứ nhất, sự kiện bất khả kháng phải là *sự kiện xảy ra một cách khách quan*.

Tức là những sự kiện nằm ngoài sự kiểm soát như thiên tai, hiện tượng xã hội như đã nêu trên. Thật ra, việc xác định tính khách quan hay không khách quan cũng rất phức tạp, vì không có một chừng mực nhất định nào cho hai khái niệm này;

- Thứ hai, sự kiện bất khả kháng phải là *sự kiện không thể lường trước được*. Khi đàm phán hợp đồng, có những sự kiện không thể biết trước được nó sẽ xảy ra. Hiển nhiên là năng lực đánh giá xem xét một sự kiện có xảy ra hay không được xét từ vị trí của một thương nhân bình thường chứ không phải một chuyên gia chuyên sâu. Thời điểm mà các bên không lường trước được là vào lúc ký hợp đồng. Điều này có nghĩa là vào lúc ký hợp đồng, các bên không dự kiến, không lường trước được hiện tượng khách quan sẽ xảy ra dù đã áp dụng mọi biện pháp và trình độ khoa học kỹ thuật sẵn có, nhưng sau khi ký hợp đồng, hiện tượng khách quan mới phát sinh. Như vậy, để đáp ứng được điều kiện “không thể lường trước” thì hiện tượng khách quan phải xảy ra sau khi ký hợp đồng, nói cách khác là pháp luật không thừa nhận những sự kiện không lường trước xảy ra vào thời điểm giao kết là sự kiện bất khả kháng. Ví dụ: Công ty A nhận vận chuyển một lô hàng cho công ty B bằng tàu C. Tại thời điểm giao kết hợp đồng, tàu C đang ở ngoài khơi và chưa kịp cập bến, bị đắm chìm nhưng việc này chưa được thông báo về Công ty A. Như vậy, các bên không lường trước được việc tàu C gặp nạn và gây cản trở hợp đồng nhưng sự kiện này lại xảy ra vào lúc giao kết hợp đồng nên sẽ không được thừa nhận là sự kiện bất khả kháng. Điều này đã từng được đề cập đến trong Khoản 2 Điều 77 LTM 1997 nhưng sau khi được sửa đổi bởi LTM 2005 thì không được đề cập đến, cả trong định nghĩa sự kiện bất khả kháng quy định tại BLDS 2005. Tiếp tục bàn về tính “lường trước được” và “không lường trước được”, thật ra ranh giới giữa chúng rất mỏng manh và rất dễ gây ra tranh chấp. Chẳng hạn như trong trường hợp xảy ra thiên tai sau khi ký hợp đồng như bão vẫn có thể lường trước được vì các thông tin dự báo hiện nay khá chính xác;

- Thứ ba, sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra mà *hậu quả để lại không thể khắc phục được dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép*, tức là sự kiện xảy ra mà chúng ta không có cách nào tránh được về mặt hậu quả. Điều

kiện này đòi hỏi sự thiện chí của các bên khi rủi ro xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng. Nếu bên có nghĩa vụ có khả năng khắc phục, hạn chế thiệt hại xảy ra mà lại không thực hiện, để mặc cho hậu quả xảy ra thì cho dù có sự kiện bất khả kháng, bên vi phạm hợp đồng cũng không được miễn trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng. Để được miễn trách do vi phạm hợp đồng vì sự kiện bất khả kháng, bên vi phạm hợp đồng phải chứng minh được mình đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng sẵn có để khắc phục hậu quả xảy ra mà vẫn không thể khắc phục được. Quy định này nhằm nâng cao ý thức trách nhiệm của bên có nghĩa vụ trong việc thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.

Khi một sự kiện đáp ứng đủ các điều kiện nêu trên thì nó sẽ được xem là sự kiện bất khả kháng mà các bên có thể dẫn chứng làm cơ sở cho việc miễn trừ trách nhiệm khi có hành vi vi phạm. Nếu không xác định đủ các căn cứ thì không thể viện lý do bất khả kháng để thoái thác trách nhiệm.

Ngoài ra, Điều 296 LTM 2005 còn quy định về việc kéo dài thời hạn hay từ chối thực hiện hợp đồng trong trường hợp bất khả kháng. Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc trì hoãn và cần thêm thời gian để tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng, pháp luật tôn trọng thỏa thuận của các bên về khoảng thời gian kéo dài, nhưng có thể vì tâm lý một bên muốn hợp đồng được thực hiện một cách nhanh chóng để tránh tổn thất và bên còn lại muốn kéo dài thêm để xoay sở nên dẫn đến tình trạng không đạt được thỏa thuận hoặc cũng có thể hai bên không đề cập đến thời hạn kéo dài thì pháp luật quy định: "...thời hạn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng được tính thêm một thời gian bằng thời gian xảy ra trường hợp bất khả kháng cộng với thời gian hợp lý để khắc phục hậu quả, nhưng không được kéo dài quá các thời hạn sau đây:

- Năm tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thỏa thuận không quá mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng;
- Tám tháng đối với hàng hoá, dịch vụ mà thời hạn giao hàng, cung ứng dịch vụ được thỏa thuận trên mười hai tháng, kể từ khi giao kết hợp đồng."

Lưu ý là thời hạn kéo dài này không áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng

hóa, cung ứng dịch vụ có thời hạn cố định về giao hàng hoặc hoàn thành nghĩa vụ. Nếu kéo dài quá thời hạn nói trên thì các bên có quyền từ chối thực hiện hợp đồng và không bên nào có quyền yêu cầu bên kia bồi thường thiệt hại. Quy định này cho thấy điều khoản bất khả kháng không giới hạn quyền hủy hợp đồng của các bên, nhưng sẽ không làm phát sinh trách nhiệm bồi thường. Trường hợp từ chối thực hiện hợp đồng thì bên từ chối phải thông báo cho bên kia trước khi bên kia bắt đầu thực hiện các nghĩa vụ hợp đồng trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày kết thúc quy định kéo dài đề cập ở trên.

Vượt qua khuôn khổ quốc gia, thương mại quốc tế còn ghi nhận một khái niệm gần giống với bất khả kháng đó là “hoàn cảnh khó khăn”, còn gọi là hardship. Vấn đề này cũng đã được BLDS 2015 đề cập đến tại Điều 420 về việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản, đây là một điểm mới nổi bật của BLDS 2015 so với BLDS 2005. Tuy nhiên, để có thể hiểu rõ hơn về trường hợp bất khả kháng và có thể phân biệt được với hoàn cảnh thay đổi cơ bản hoặc hoàn cảnh khó khăn, tôi sẽ phân tích về sự khác nhau giữa hai thuật ngữ này.

BLDS 2015 đã quy định về hoàn cảnh thay đổi cơ bản như sau:

“Điều 420. Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản

1. Hoàn cảnh thay đổi cơ bản khi có đủ các điều kiện sau đây:

a) Sự thay đổi hoàn cảnh do nguyên nhân khách quan xảy ra sau khi giao kết hợp đồng;

b) Tại thời điểm giao kết hợp đồng, các bên không thể lường trước được về sự thay đổi hoàn cảnh;

c) Hoàn cảnh thay đổi lớn đến mức nếu như các bên biết trước thì hợp đồng đã không được giao kết hoặc được giao kết nhưng với nội dung hoàn toàn khác;

d) Việc tiếp tục thực hiện hợp đồng mà không có sự thay đổi nội dung hợp đồng sẽ gây thiệt hại nghiêm trọng cho một bên;

đ) Bên có lợi ích bị ảnh hưởng đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết trong khả năng cho phép, phù hợp với tính chất của hợp đồng mà không thể ngăn chặn, giảm thiểu mức độ ảnh hưởng đến lợi ích.

2. Trong trường hợp hoàn cảnh thay đổi cơ bản, bên có lợi ích bị ảnh hưởng có quyền yêu cầu bên kia đàm phán lại hợp đồng trong một thời hạn hợp lý.

3. Trường hợp các bên không thể thỏa thuận được về việc sửa đổi hợp đồng trong một thời hạn hợp lý, một trong các bên có thể yêu cầu Tòa án:

a) Chấm dứt hợp đồng tại một thời điểm xác định;

b) Sửa đổi hợp đồng để cân bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các bên do hoàn cảnh thay đổi cơ bản.

Tòa án chỉ được quyết định việc sửa đổi hợp đồng trong trường hợp việc chấm dứt hợp đồng sẽ gây thiệt hại lớn hơn so với các chi phí để thực hiện hợp đồng nếu được sửa đổi.

4. Trong quá trình đàm phán sửa đổi, chấm dứt hợp đồng, Tòa án giải quyết vụ việc, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ của mình theo hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.”

Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế 2010 đã đưa ra định nghĩa và hệ quả của hoàn cảnh khó khăn như sau:

“Điều 6.2.2. Định nghĩa

Hoàn cảnh *hardship* được xác lập khi xảy ra các sự kiện làm thay đổi cơ bản sự cân bằng giữa các nghĩa vụ hợp đồng, hoặc chi phí thực hiện nghĩa vụ tăng lên, hoặc do giá trị của nghĩa vụ đối trừ giảm xuống, và:

a. Các sự kiện này xảy ra hoặc được bên bị thiệt hại biết đến sau khi giao kết hợp đồng;

b. Bên bị bất lợi đã không thể tính một cách hợp lý đến các sự kiện đó khi giao kết hợp đồng;

c. Các sự kiện này nằm ngoài sự kiểm soát của bên bị bất lợi; và

d. Rủi ro về các sự kiện này không được bên bị bất lợi gánh chịu.

Điều 6.2.3. Hệ quả

1. Trong hoàn cảnh khó khăn, bên bị bất lợi có quyền yêu cầu tiến hành đàm phán lại hợp đồng. Yêu cầu này phải được đưa ra không chậm trễ và phải có căn cứ.

2. Yêu cầu đàm phán lại hợp đồng, không cho phép bên bị bất lợi có quyền tạm đình chỉ thực hiện nghĩa vụ của mình.

3. Nếu các bên không thỏa thuận được trong một thời hạn hợp lý thì mỗi bên có quyền yêu cầu tòa án giải quyết.

4. Nếu xác định có hoàn cảnh khó khăn và nếu thấy hợp lý, tòa án có thể:

a. Chấm dứt hợp đồng vào ngày theo các điều kiện do tòa án quyết định; hoặc

b. Sửa đổi hợp đồng nhằm thiết lập lại sự cân bằng giữa các nghĩa vụ hợp đồng.”

Thông qua những quy định trên, về cơ bản có thể nhận thấy được sự khác nhau giữa sự kiện bất khả kháng và hoàn cảnh hardship như sau:

Bất khả kháng là sự kiện làm cho một bên không thể thực hiện được nghĩa vụ của mình. Trong khi đó, hoàn cảnh khó khăn thì chỉ làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn hơn do có những sự kiện diễn ra làm thay đổi về cơ bản sự cân bằng giữa các nghĩa vụ của hợp đồng.

Về hậu quả, khi xảy ra sự kiện bất khả kháng, bên vi phạm được hoàn toàn miễn trách nhiệm hoặc các bên có thể thỏa thuận gia hạn một khoảng thời gian hợp lý để tiếp tục thực hiện hợp đồng khi sự kiện bất khả kháng kết thúc. Do đó mà bên vi phạm hợp đồng không phải chịu bất cứ chế tài gì. Đối với hoàn cảnh khó khăn, các bên vẫn phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ của mình. Theo Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010, khi gặp hoàn cảnh khó khăn thì các bên chỉ có quyền yêu cầu đàm phán lại hợp đồng, chứ không có quyền chấm dứt hợp đồng. Hợp đồng có thể được chấm dứt trên cơ sở phán quyết của Tòa án. Ngoài ra, trên cơ sở yêu cầu của các bên, Tòa án có thể sửa đổi các điều khoản của hợp đồng nhằm làm cho các nghĩa vụ của hợp đồng có thể được cân bằng, tạo điều kiện cho việc tiếp tục thực hiện hợp đồng.

1.7.1.3. Miễn trách nhiệm do bên có quyền hoàn toàn có lỗi

Việc không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc không đúng theo thỏa thuận của hợp đồng là do hành vi hay sơ suất của bên có quyền thì bên có nghĩa vụ sẽ được miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm. Khi một thương nhân làm cho

bên kia không thể thực hiện được hợp đồng thì họ không có quyền viện dẫn vi phạm này để làm cơ sở yêu cầu phạt vi phạm hay bồi thường thiệt hại. Và LTM 2005 cũng đã ghi nhận điều này: “Hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia” là một trong các trường hợp miễn trách nhiệm được đưa ra ở Điểm c Khoản 1 Điều 294. Cần nói thêm, “lỗi” ở đây không chỉ là buộc bên vi phạm phải chứng minh lỗi của bên bị vi phạm mà còn là chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa nguyên nhân của hành vi vi phạm và hệ quả của nó.

Ví dụ: A ký hợp đồng với B về việc đặt gia công 1000 chiếc áo theo mẫu mã A đưa ra. A sẽ giao vải áo và nguyên vật liệu khác cho B sau 10 ngày kể từ ngày ký hợp đồng. Nhưng đến ngày thứ 15 A mới giao vải và các nguyên vật liệu khác dẫn đến việc B không thể gia công kịp và giao hàng chậm hơn so với thỏa thuận. Trong trường hợp này, B vi phạm hợp đồng về thời gian giao hàng, nhưng việc vi phạm này là do lỗi của A vì đã không giao nguyên vật liệu đúng hạn, nên B sẽ được miễn trách. Theo như ví dụ này, B không chỉ chứng minh A có lỗi giao nguyên vật liệu trễ mà chứng minh được rằng việc giao nguyên vật liệu trễ đã dẫn đến B không thể gia công và giao hàng kịp. Nếu việc chậm giao hàng không phải là hậu quả của việc giao nguyên vật liệu trễ thì không thuộc trường hợp được miễn trách nhiệm.

1.7.1.4. Miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền

Đây là trường hợp miễn trách cuối cùng được quy định tại LTM 2005 và là một quy định mới so với LTM 1997 và BLDS 2015. Cụ thể, được xem là trường hợp miễn trách nhiệm nếu: “Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng” (Điểm d Khoản 1 Điều 294 LTM 2005). Một số ví dụ về quyết định của cơ quan Nhà nước là vì an ninh lương thực, tạm thời cấm xuất khẩu hoặc quốc tang nên cấm các hoạt động biểu diễn nghệ thuật,... Như vậy, nếu như các bên đã biết về việc thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền có thể dẫn đến vi phạm hợp đồng mà vẫn đồng ý giao kết hợp đồng thì không được áp dụng miễn trách nhiệm. Hơn nữa, quyết định của cơ quan nhà nước

phải làm phát sinh nghĩa vụ của bên vi phạm, tức là phải thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nhất định nào đó dẫn tới hành vi vi phạm hợp đồng.

Có thể đưa ra một ví dụ thực tiễn đã được xét xử để hiểu rõ hơn về vấn đề này: Bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 735/2009/KDTM-PT ngày 28/4/2009 của TAND thành phố HCM. Có thể tóm tắt như sau:

Vào ngày 10/5/2001, Công ty xây dựng và phát triển kinh tế Quận 6 và bà Đỗ Thị Xon có ký hợp đồng thuê sạp, thời hạn thuê là 10 năm, giá trị hợp đồng là 10.503.000 đồng, bà Xon trả đủ một lần. Ngày 30/12/2005, Tổng công ty xây dựng Sài Gòn ra quyết định chuyển dự án công trình chợ Bình Phú thuộc Công ty xây dựng và phát triển kinh tế Quận 6 về Tổng công ty xây dựng Sài Gòn. Ngày 8/3/2007, Tổng công ty xây dựng Sài Gòn kế thừa bên cho thuê theo quyết định số 855/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân thành phố HCM về việc điều chỉnh chủ đầu tư công trình chợ Bình Phú. Ngày 12/12/2007, Ủy ban nhân dân thành phố HCM ban hành văn bản với nội dung chính là: chấp thuận chuyển giao khu đất chợ Bình Phú tại Phường 10, Quận 6 từ Tổng công ty xây dựng Sài Gòn sang Công ty cổ phần đầu tư xây dựng phát triển nhà Hoàng Phúc, đồng thời cho chuyển mục đích sử dụng khu đất trên làm Trung tâm thương mại – dịch vụ và căn hộ để phục vụ tái định cư cho các công trình trọng điểm trên địa bàn Quận 6. Thực hiện quyết định trên, hợp đồng thuê sạp của bà Xon đã phải chấm dứt trước thời hạn.

Như vậy có thể nói, bên cho thuê đã không thực hiện đúng hợp đồng vì đã chấm dứt hợp đồng này trước thời hạn. Theo bản án thì: “Căn cứ vào quy định trên đây của Ủy ban nhân dân thành phố HCM thì Tổng công ty xây dựng Sài Gòn tiến hành việc thanh lý hợp đồng số 25/HĐTS/2001 ngày 10/5/2001 với bà Xon là phù hợp với quy định và pháp luật hiện hành. Trong trường hợp này, hợp đồng số 25/HĐTS/2001 ngày 10/5/2001 phải chấm dứt trước thời hạn do quyết định của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền. Khi ký hợp đồng, các bên không thể biết trước được. Căn cứ vào Điểm d Khoản 1 Điều 294 LTM 2005 thì Tổng công ty xây dựng Sài Gòn được miễn trách nhiệm bồi thường. Nhưng do bà Xon đã thanh toán đủ tiền thuê trong thời hạn 10 năm nên phía nguyên đơn phải trả lại cho bà Xon tiền thuê

sáp trên cơ sở giá thuê và thời gian còn lại của hợp đồng”

1.7.1.5. Các trường hợp miễn trách nhiệm khác

Điều 24 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng quy định: “Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa quy định tại Điều 23 của Luật này được miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại khi chứng minh được khuyết tật của hàng hóa không thể phát hiện được với trình độ khoa học, kỹ thuật tại thời điểm tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa cung cấp cho người tiêu dùng”. Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa là những người kinh doanh “hàng hóa có khuyết tật do mình cung cấp gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng” (Khoản 1 Điều 23).

Điều 62 Luật chất lượng sản phẩm, hàng hóa quy định cụ thể về các trường hợp người sản xuất, người nhập khẩu và người bán hàng không phải bồi thường thiệt hại.

1.7.2. Nghĩa vụ thông báo và xác nhận trường hợp miễn trách nhiệm của bên vi phạm

Theo Khoản 2 Điều 294 LTM 2005: “Bên vi phạm hợp đồng có nghĩa vụ chứng minh các trường hợp miễn trách nhiệm” và Khoản 3 Điều 295 LTM 2005: “Bên vi phạm có nghĩa vụ chứng minh với bên bị vi phạm về trường hợp miễn trách nhiệm của mình”.

Pháp luật cũng quy định việc thông báo và xác nhận trường hợp miễn trách nhiệm là nghĩa vụ của bên vi phạm. Khi trường hợp miễn trách xảy ra, bên vi phạm có trách nhiệm phải thông báo ngay bằng văn bản cho bên kia về trường hợp được miễn trách và những hậu quả có thể xảy ra; sau khi kết thúc, bên vi phạm phải thông báo ngay cho bên kia biết. Nếu nghĩa vụ này không được thực hiện hoặc thực hiện không kịp thời thì phải bồi thường thiệt hại. Quy định này đưa ra với mục đích các bên có thể “trở tay” kịp thời khi có những tình huống không thể lường trước được xảy ra và nhanh chóng tìm cách hạn chế thiệt hại đến mức tối đa.

Ví dụ: Ngày 25/7/2010, A ký hợp đồng mua hàng của B, giao hàng vào tháng 9/2010, song vào tháng 9/2010 lại xảy ra hỏa hoạn do chập điện ở kho hàng của B nhưng B không thông báo gì cho A biết. Cũng trong khoảng thời gian này A tiến

hành đàm phán và ký hợp đồng bán lô hàng nhập khẩu này cho C. Vì bất khả kháng xảy ra nên B không giao được hàng cho A, vì vậy A cũng không giao được hàng cho C. Sau đó, C yêu cầu A phải bồi thường thiệt hại phát sinh do việc không giao hàng gây ra. A viện lý do là B bán hàng cho mình gặp bất khả kháng được miễn trách nhiệm nên A cũng phải được miễn trách trước C. Nhưng C chứng minh được rằng bất khả kháng do người xuất khẩu gặp phải xảy ra trước khi A ký hợp đồng bán hàng cho C, cho nên A đã lường trước được hoặc cần phải lường trước được, vì vậy A phải bồi thường thiệt hại, còn việc có yêu cầu B chịu trách nhiệm về việc không thông báo bất khả kháng hay không đó là việc của A. Sau khi bồi thường thiệt hại cho C do không giao hàng, A yêu cầu B bồi thường thiệt hại do việc B không thông báo bất khả kháng gây ra, bao gồm chi phí xác minh bất khả kháng và khoản tiền thiệt hại mà người nhập khẩu đã phải bồi thường cho C, bởi vì nếu có thông báo về bất khả kháng xảy ra vào tháng 9/2010 một cách kịp thời thì người nhập khẩu đã không ký hợp đồng bán lô hàng nhập khẩu đó cho C và do đó không phải bồi thường thiệt hại.

CHƯƠNG 2

THỰC TRẠNG THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI HỢP ĐỒNG THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM HIỆN NAY

2.1. Phạt hợp đồng

2.1.1. Một số vấn đề pháp lý đặt ra trong thực tiễn áp dụng

2.1.1.1. Hợp đồng có thỏa thuận phạt hợp đồng nhưng có bắt buộc phải áp dụng khi có vi phạm xảy ra

Như đã phân tích ở trên, chế tài phạt vi phạm chỉ được áp dụng khi trong hợp đồng đã có thỏa thuận trước về chế tài này. Tuy nhiên, trong thực tế, khi các chủ thể đàm phán và giao kết hợp đồng có đề cập đến việc áp dụng chế tài phạt vi phạm khi một bên không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nghĩa vụ của hợp đồng. Nhưng khi xảy ra tranh chấp thì với tâm lý là mong muốn bên vi phạm mau chóng hoàn thành nghĩa vụ nên dù hợp đồng có thỏa thuận phạt vi phạm nhưng khi đưa đơn khởi kiện ra Tòa án thì chỉ yêu cầu trả tiền, giao hàng hay bồi thường một phần thiệt hại chứ không yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm. Câu hỏi đặt ra là: Trong những trường hợp như thế thì Tòa án sẽ giải quyết như thế nào? Và hợp đồng có thỏa thuận phạt vi phạm nhưng có bắt buộc phải áp dụng khi có vi phạm xảy ra hay không? Sau đây, tôi sẽ nêu một ví dụ điển hình để trả lời cho các nghi vấn trên: Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 03/2014/KDTM-ST về việc tranh chấp hợp đồng vận chuyển được giải quyết tại TAND quận Hải Châu – TP. Đà Nẵng.

- ❖ Nguyên đơn: Công ty cổ phần Logistics cảng Đà Nẵng
- ❖ Bị đơn: Công ty cổ phần Đầu tư và dịch vụ Đất Vàng
- ❖ Người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan: Ban quản lý dự án nhà máy thủy điện Đak Mi 4
- ❖ Tóm tắt vụ việc:

- Công ty cổ phần Logistics cảng Đà Nẵng (Bên B) và Công ty cổ phần Đầu tư và dịch vụ Đất Vàng (Bên A) cùng nhau giao kết Hợp đồng vận chuyển số 127 vào ngày 27/12/2010 và Hợp đồng vận chuyển số 03 vào ngày 31/3/2011. Theo nội dung của hợp đồng thì Bên B nhận vận chuyển cát, đá từ vị trí mỏ của Bên B đến bãi đổ

của chủ đầu tư tại các công trình thuộc huyện Nam Giang, huyện Đông Giang và huyện Phước Sơn, tỉnh Quảng Nam. Nếu có vi phạm thì sẽ phạt 5% tổng giá trị hợp đồng bị vi phạm.

- Trong quá trình thực hiện các hợp đồng vận chuyển nói trên, bên A đã không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ thanh toán theo như thỏa thuận tại hợp đồng. Ngày 28/10/2013, bên B đã đưa đơn khởi kiện yêu cầu bên A thanh toán nợ (bao gồm nợ gốc và nợ lãi tính theo mức lãi suất được quy định tại hợp đồng).

- Sau khi xem xét các chứng cứ có tại hồ sơ, HĐXX đã đưa ra quyết định chấp nhận tính hợp pháp về cả hình thức, nội dung của hợp đồng vận chuyển số 127 và số 03. HĐXX cũng buộc bên A phải thực hiện nghĩa vụ trả nợ cho bên B như thỏa thuận tại hợp đồng.

Qua ví dụ trên, có thể thấy rằng pháp luật tôn trọng việc thỏa thuận về chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng của các bên chủ thể. Trong trường hợp có hành vi vi phạm hợp đồng xảy ra, cụ thể ở đây là vi phạm nghĩa vụ trả tiền thì bên bị vi phạm có quyền quyết định có yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm hay không. Hay nói cách khác là đối với các hợp đồng có thỏa thuận phạt nhưng khi bị xâm phạm quyền lợi thì pháp luật không bắt buộc bên bị vi phạm phải yêu cầu chế tài phạt vi phạm đối với bên vi phạm.

2.1.1.2. Phạt hợp đồng trong trường hợp cả hai bên cùng có lỗi

Tuy Pháp luật Thương mại và Pháp luật Dân sự đều chưa có quy định về phạt vi phạm trong trường hợp bên bị vi phạm có lỗi, nhưng Điều 363 BLDS 2015 đã có quy định về bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên bị vi phạm có lỗi mà không đề cập đến phạt vi phạm trong trường hợp này. Đây rõ ràng là một thiếu sót lớn của BLDS 2015. Bởi vì tình huống này hoàn toàn có thể xảy ra, khi đó, không thể sử dụng quy định tại Điều 363 BLDS 2015 để áp dụng, xác định mức phạt vi phạm cho các bên.

Ở một khía cạnh khác, cũng chính vì pháp luật không quy định rõ, chế tài phạt vi phạm khi có hành vi vi phạm xảy ra trong trường hợp bên bị vi phạm cũng có lỗi

có chấp nhận hay không. Trong thực tế xét xử, Tòa án cũng đã đề cập đến vấn đề này:

Ví dụ 1: Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm thụ lý số 315/2005/KDTM-ST ngày 26/10/2005 của TAND thành phố HCM.

- Tóm tắt vụ việc: Công ty trách nhiệm hữu hạn Hoàng Quân và Công ty Hai Thành có ký hai hợp đồng số 05 và 17. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, hai bên có tranh chấp. Theo Công ty TNHH Hoàng Quân, Công ty Hai Thành là bên vi phạm hợp đồng nên phải chịu phạt vi phạm theo tỷ lệ 2% tổng giá trị hợp đồng, thành tiền là 1.180.132.000 đồng. Nhưng theo Công ty Hai Thành, hợp đồng đã ký kết không có khoản phạt 2% nên việc Công ty Hoàng Quân yêu cầu phạt vi phạm 2% là không có căn cứ.

- TAND thành phố HCM không trả lời trực tiếp việc các bên có thỏa thuận phạt vi phạm hay không mà xét như sau: “Trong việc ký kết và thực hiện hai hợp đồng số 05 và 17 nói trên, cả hai bên đều có lỗi. Do đó, việc Công ty Hoàng Quân yêu cầu công ty Hai Thành phải trả tiền phạt vi phạm hợp đồng theo tỷ lệ 2% trên tổng giá trị hợp đồng thành tiền là 1.180.132.000 đồng là không có cơ sở. Hội đồng xét xử bác yêu cầu phạt vi phạm nói trên của nguyên đơn đối với bị đơn.”

Ví dụ 2: Theo bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 28/2006/KDTM-PT ngày 30/3/2006 của Tòa phúc thẩm TAND tối cao tại thành phố HCM: “...do hai bên đương sự không làm đầy đủ trách nhiệm của mình, là nguyên nhân dẫn đến việc tranh chấp trong vụ án. Cụ thể là đã gây thiệt hại về chi phí sửa chữa các sản phẩm bị cháy mà bên nguyên đơn phải bỏ ra 41.257.097 đồng; và cho đến nay, phía nguyên đơn và bị đơn chưa thực hiện được việc giao nhận lại các sản phẩm đã sửa chữa. Đây là lỗi của hai bên đương sự, nên mỗi bên phải chịu trách nhiệm một nửa thiệt hại do chi phí phát sinh và tiền phạt vi phạm hợp đồng do chậm giao hàng mà bị đơn yêu cầu, theo quy định tại Đoạn 4 Khoản 1 Điều 6 Hợp đồng kinh tế ngày 26/1/2005 là 90 triệu, là có căn cứ” (tức là mỗi bên sẽ chịu 45 triệu đồng tiền phạt vi phạm hợp đồng)

Qua hai ví dụ trên có thể thấy cùng là tranh chấp hợp đồng thương mại do lỗi

của hai bên chủ thể và nguyên đơn có yêu cầu phạt vi phạm nhưng Tòa án đã đưa ra những quyết định khác nhau. Ở ví dụ 1, Tòa án không chấp nhận yêu cầu phạt vi phạm của nguyên đơn vì cả hai bên cùng có lỗi. Tuy nhiên, ở ví dụ 2, cũng là trường hợp tương tự như ví dụ 1 nhưng Tòa án lại phán quyết mỗi bên phải trả tiền phạt vi phạm theo tỉ lệ lỗi cụ thể, ở ví dụ này, mỗi bên phải chịu một nửa tiền phạt vi phạm. Thực tiễn cho thấy rằng cùng một quy định của pháp luật, cùng một loại tranh chấp với các tình huống tương tự nhau, nhưng việc xét xử và phán quyết của Tòa án lại khác nhau.

2.1.1.3. Xử lý như thế nào nếu thỏa thuận mức phạt vượt quá 8%

Pháp luật cho phép thỏa thuận mức phạt vi phạm hợp đồng, nhưng không được quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Nhưng trên thực tế không thiếu các trường hợp các bên thỏa thuận vượt quá mức tối đa mà pháp luật cho phép. Vậy, trong thực tiễn những trường hợp như thế thì sẽ xử lý ra sao.

Hiện nay, có hai luồng quan điểm về vấn đề này:

- Quan điểm thứ nhất: hợp đồng có điều khoản thỏa thuận mức phạt vi phạm vượt khỏi mức tối đa pháp luật cho phép thì hợp đồng đó sẽ bị vô hiệu vì vi phạm điều cấm của pháp luật theo quy định tại Điều 123, Khoản 1 Điều 407 BLDS 2015.

- Quan điểm thứ hai: khi mức phạt vi phạm được thỏa thuận trong hợp đồng vượt quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm thì hợp đồng này sẽ bị vô hiệu một phần, tức là vô hiệu mức phạt vi phạm đã thỏa thuận (Điều 123, Điều 130, Khoản 1 Điều 407 BLDS 2015) và sẽ áp dụng mức từ 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm trở xuống cho yêu cầu áp dụng chế tài phạt vi phạm của bên bị vi phạm, phần vượt quá không được chấp nhận.

Thực tiễn xét xử các vụ tranh chấp KDTM, Tòa án thường sử dụng quan điểm thứ hai, có thể dẫn chứng ví dụ sau: Quyết định giám đốc thẩm số 03/2009/KDTM-GĐT ngày 09/4/2009 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tranh chấp về hợp đồng mua bán hàng hóa có nêu rằng:

- Như vậy, Công ty Đại Nam và Doanh nghiệp tư nhân Nguyệt Phương chỉ thống nhất được với nhau về mức lãi suất chậm thanh toán là 1,1%/tháng; thoả

thuận của các đương sự về trách nhiệm thanh toán tiền lãi do chậm thanh toán là không trái pháp luật. Riêng về việc phạt vi phạm hợp đồng, các đương sự có thỏa thuận và thỏa thuận này là không trái pháp luật; nhưng các đương sự không thống nhất được với nhau về mức phạt sau mỗi lần đổi chiều công nợ. Hơn nữa, mức phạt vi phạm nghĩa vụ hợp đồng mà các đương sự đưa ra (5%/tháng, 10%/tháng hay 15%/tháng) đều không đúng pháp luật. Theo quy định tại Điều 301 LTM 2005 thì mức phạt (hoặc tổng mức phạt đổi chiều với nhiều vi phạm) do các bên thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 8% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm.

Như vậy, thực tế xét xử cho thấy Tòa án chỉ không chấp nhận mức phạt vi phạm vượt quá do các bên thỏa thuận vì nó trái với quy định của luật, nhưng vẫn chấp nhận thỏa thuận phạt vi phạm khi có vi phạm xảy ra. Ngoài ra, có thể thấy được sự linh hoạt của Tòa án trong việc đưa ra một mức phạt khác, có xem xét về tình trạng gặp khó khăn của các bên.

2.1.1.4. Nhầm lẫn giữa chế tài phạt hợp đồng và lãi chậm trả theo thỏa thuận

Trên thực tế, trong hợp đồng thương mại, các bên vẫn có thỏa thuận về “phạt chậm trả” nhưng trong LTM 2005 không hề có khái niệm này mà chỉ có: “phạt vi phạm” và “lãi chậm thanh toán”. Đây là hai khái niệm hoàn toàn khác nhau qua những phần đã phân tích ở trên, tuy nhiên, các chủ thể khi thỏa thuận vẫn thường nhầm lẫn, và đưa ra các điều khoản tương tự như là: “Nếu chậm thanh toán thì chịu lãi phạt x%/ngày, tuần, tháng...”. Thực tiễn xét xử cho thấy, Tòa án có thể xem điều khoản “phạt chậm trả” là chế tài phạt vi phạm hoặc lãi chậm thanh toán để giải quyết tranh chấp.

Ví dụ: Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 35/2013/KDTM-ST ngày 27/9/2013 tranh chấp về hợp đồng tín dụng của TAND quận Hải Châu – TP. Đà Nẵng:

❖ Nguyên đơn: Ngân hàng TMCP Á Châu (ACB). Trụ sở: 442 Nguyễn Thị Minh Khai, Quận 3, TP. HCM.

❖ Bị đơn: Công ty CP Thương mại và Dịch vụ Toàn Vinh Hoa. Trụ sở: 130 Đồng Đa, quận Hải Châu, TP. Đà Nẵng.

❖ Trích một phần trình bày của nguyên đơn: “Quá trình vay vốn, Công ty Toàn Vinh Hoa đã vi phạm nghĩa vụ trả nợ. Ngày 01/02/2012, Ngân hàng đã chuyển số nợ vay còn thiếu sang nợ quá hạn. Đến nay, đã hết thời hạn vay, nhưng Công ty Toàn Vinh Hoa vẫn không trả nợ cho Ngân hàng. Nay, Ngân hàng yêu cầu Hội đồng xét xử giải quyết buộc Công ty Toàn Vinh Hoa trả số tiền nợ gốc 1.800.000.000đ, lãi trong hạn 112.708.000đ, lãi quá hạn 368.067.000đ, phạt chậm trả 3.558.899đ (tính đến ngày xét xử - ngày 27.9.2013), tổng cộng là 2.284.333.899đ.”

❖ Tòa án xét thấy rằng: “Riêng đối với số tiền phạt chậm trả là 3.558.899đ, Ngân hàng TMCP Á Châu tính với mức 0,02% trên số tiền lãi trong hạn chậm thanh toán. Tại phiên tòa, người đại diện hợp pháp của Ngân hàng Á Châu trình bày đây là sự thỏa thuận giữa Ngân hàng và Công ty Toàn Vinh Hoa được thể hiện đầy đủ tại hợp đồng tín dụng đã ký. Tuy nhiên, Hội đồng xét xử thấy thỏa thuận này trái với quy định của pháp luật nên không chấp nhận, cần bác một phần yêu cầu khởi kiện của Ngân hàng Á Châu đối với khoản yêu cầu phạt chậm trả là 3.558.899đ.”

Qua trường hợp này, có thể thấy, việc thỏa thuận phạt chậm trả 0.02% trên số tiền lãi trong hạn chậm thanh toán thực chất là tính lãi trên tiền lãi, là trái với quy định của pháp luật (cụ thể là Khoản 5 Điều 474 BLDS), nên đã bác bỏ yêu cầu này của nguyên đơn. Đối với tình huống này, Tòa án coi thỏa thuận “phạt chậm trả” là lãi chậm thanh toán nên đã áp dụng các quy định về lãi chậm thanh toán để giải quyết. Tuy nhiên, cần lưu ý là có Tòa án đã áp dụng các quy định về phạt vi phạm đối với thỏa thuận về phạt lãi chậm trả. Tôi đồng ý với quan điểm này, bởi lẽ, các bên có thỏa thuận trước về việc phạt chậm trả và mức phạt. Nghĩa vụ này phát sinh khi bên có nghĩa vụ chậm thanh toán. Do vậy, thỏa thuận này có đầy đủ các yếu tố của phạt vi phạm hợp đồng.

2.1.2. Những bất cập và vướng mắc trong việc áp dụng phạt hợp đồng

2.1.2.1. Thỏa thuận phạt hợp đồng trong hợp đồng

Pháp luật thương mại buộc các chủ thể phải có thỏa thuận chế tài phạt vi phạm “trong hợp đồng” thì khi xảy ra hành vi vi phạm mới có thể áp dụng nó. Tuy nhiên,

quy định này vẫn chưa hoàn toàn hợp lý khi xảy ra các trường hợp như hợp đồng giữa các bên không có quy định về phạt vi phạm khi có vi phạm hợp đồng xảy ra, nhưng sau đó bên vi phạm thừa nhận vi phạm và mức phạt được đưa ra hoặc các bên có thỏa thuận mới sau khi ký hợp đồng thì liệu có được áp dụng chế tài phạt vi phạm hay không.

Đối với trường hợp thứ nhất là hợp đồng giữa các bên không có quy định về phạt vi phạm nhưng sau đó bên vi phạm thừa nhận vi phạm và mức phạt được đưa ra, tác giả Nguyễn Thị Hằng Nga có viết: "...trường hợp này có thể áp dụng chế tài phạt bởi lẽ xét cho cùng, đây là biện pháp răn đe các bên trong việc vi phạm hợp đồng, khi bên vi phạm đã thừa nhận vi phạm hợp đồng và chịu phạt thì không có lý do gì để không chấp nhận điều đó" [34, tr. 26]. Về vấn đề này, tôi hoàn toàn đồng ý với tác giả Đỗ Văn Đại là thỏa thuận trên không thể nào là thỏa thuận về phạt vi phạm [25, tr. 240]. Bởi vì nó chỉ đơn thuần mang tính chất là đền bù, là một hình thức chịu trách nhiệm cho hành vi vi phạm hợp đồng, và giá trị đền bù được xác định sau khi vi phạm đã xảy ra, có một phần nào đó dựa trên thiệt hại thực tế chứ không phải được định trước. Trong đó, mục đích chính của chế tài phạt vi phạm là trừng phạt, tác động vào ý thức của các chủ thể hợp đồng nhằm giáo dục ý thức tôn trọng hợp đồng, phòng ngừa vi phạm hợp đồng. Thêm vào đó, việc thừa nhận và chấp nhận mức phạt không hướng tới chức năng đảm bảo việc thực hiện nghĩa vụ do hành vi vi phạm đã xảy ra trước khi có thỏa thuận. Vì vậy, thỏa thuận trên không phải là thỏa thuận phạt vi phạm và không được áp dụng các quy định về phạt vi phạm hợp đồng trong LTM 2005.

Đối với trường hợp thứ hai, nếu các bên không quy định phạt vi phạm trong hợp đồng nhưng sau đó có thỏa thuận mới (trước khi có vi phạm xảy ra) thì thỏa thuận mới này có được xem là thỏa thuận áp dụng chế tài phạt vi phạm được không. Việc pháp luật quy định "sự thỏa thuận trong hợp đồng" không nhất thiết phải hiểu một cách cứng nhắc là sự thỏa thuận đó phải được quy định trong hợp đồng. Thỏa thuận phạt vi phạm có thể tồn tại một cách độc lập ngoài hợp đồng và có thể được giao kết sau khi hợp đồng được ký kết, chẳng hạn thỏa thuận trong phụ lục hợp

đồng. Vì vậy tôi hoàn toàn đồng ý với tác giả Nguyễn Thị Hằng Nga rằng: “Nếu trong hợp đồng các bên trong hợp đồng không quy định việc phạt vi phạm hợp đồng, nhưng sau đó, các bên có thỏa thuận mới thì có thể áp dụng chế tài phạt vi phạm” [34, tr. 26].

2.1.2.2. Mức phạt hợp đồng

Pháp luật thương mại Việt Nam đưa ra mức phạt vi phạm tối đa là 8% phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm gây ra rất nhiều tranh cãi và vướng mắc. Bởi vì, điều khoản phạt vi phạm xuất phát từ thỏa thuận, hoàn toàn do sự tự nguyện của hai bên. Thêm vào đó, mục đích chính của chế tài phạt vi phạm là để răn đe, phòng ngừa hành vi vi phạm, nên mức giới hạn phạt vi phạm chưa thực sự hợp lý vì nó làm hạn chế quyền tự do thỏa thuận của các chủ thể và làm cho mục đích của chế tài không đạt được, như trong trường hợp các bên muốn thỏa thuận mức phạt cao nhằm mục đích răn đe, phòng ngừa những hành vi vi phạm hợp đồng. Hơn nữa, khi cùng lúc có nhiều hành vi vi phạm xảy ra thì theo luật quy định, tổng mức phạt vẫn không được vượt quá 8% nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm. Ngoài ra, cũng sẽ là không hợp lý trong trường hợp một bên thấy mức thiệt hại mà họ phải chịu nếu thực hiện đúng hợp đồng còn cao hơn mức thực hiện do nộp phạt thì họ sẽ cố ý vi phạm. Vì vậy, các bên phải cân nhắc rất kỹ lưỡng khi thỏa thuận mức vi phạm khi giao kết hợp đồng, đồng thời phải xem xét mối quan hệ giữa phạt vi phạm với các hình thức trách nhiệm khác nữa thì mới đảm bảo được quyền lợi của các bên khi có vi phạm hợp đồng xảy ra.

Trong thực tế, đã có nhiều trường hợp vì không muốn bị khống chế bởi mức trần của chế tài phạt vi phạm trong thương mại, các thương nhân đã thỏa thuận áp dụng biện pháp bảo đảm đặt cọc theo quy định của BLDS. Tuy đặt cọc không được xem như là chế tài nhưng khi có vi phạm, bên bị vi phạm không cần chứng minh thiệt hại mà chỉ cần có thỏa thuận trong hợp đồng thì có thể nhận tiền cọc, tương tự như chế tài phạt vi phạm. Một điểm khác nổi trội của đặt cọc và phạt vi phạm đó là các bên có thể thỏa thuận về giá trị đặt cọc tùy thích và khi các nghĩa vụ bị vi phạm thì đương nhiên bị mất tiền cọc. Điều này cho thấy thỏa thuận của các bên được tôn

trọng và nâng cao ý thức thực hiện hợp đồng hơn. Trong trường hợp, thương nhân sử dụng biện pháp bảo đảm đặt cọc thay vì chế tài phạt vi phạm, mức phạt 8% giá trị hợp đồng bị vi phạm trở thành vô nghĩa, dẫn đến tình trạng quy phạm pháp luật “chết”, không được áp dụng.

Ngoài ra, xác định “phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm” không phải là một vấn đề đơn giản, nhất là đối với các hợp đồng có nghĩa vụ được thực hiện làm nhiều đợt. Thông thường, Tòa án khi đưa vụ việc ra xét xử, định đoạt phần nghĩa vụ bị vi phạm sẽ hoàn toàn dựa vào nhận thức chủ quan của thẩm phán hay hội đồng xét xử dẫn đến một tình huống nhưng có nhiều quyết định khác nhau, không thống nhất.

2.2. Bồi thường thiệt hại

2.2.1. Sự khác biệt của các quy định về bồi thường thiệt hại trong Bộ luật dân sự và Luật thương mại

2.2.1.1. Sự khác biệt về căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại

Như đã đề cập đến ở phần 1.2.2.1, có sự khác biệt giữa căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại và sự khác biệt này nằm ở yếu tố lỗi. LTM 2005 không đề cập đến yếu tố lỗi như là một căn cứ làm phát sinh trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Trong khi đó, ý chí của BLDS 2015 vẫn xem lỗi là một phần làm phát sinh trách nhiệm bồi thường. Tuy nhiên, trong thực tiễn xét xử những năm qua, hầu như chưa bao giờ vấn đề kiểm tra, xem xét trạng thái tâm lý của người vi phạm nghĩa vụ đối với hành vi thực hiện được đặt ra một cách nghiêm túc, cả từ phía Tòa án lẫn từ phía những người tham gia tố tụng [32, tr. 410]. Do vậy, trên thực tiễn, căn cứ lỗi không được xem xét khi áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại trong dân sự.

Vấn đề đặt ra là có yếu tố lỗi của bên vi phạm có phải là một căn cứ không thể thiếu của bồi thường thiệt hại. Trong khoa học pháp lý, lỗi được hiểu là trạng thái tâm lý và mức độ nhận thức của một người đối với hành vi của họ, hậu quả do hành vi đó gây ra. Trạng thái tâm lý chỉ được đặt ra với chủ thể là cá nhân. Nhưng trong thương mại, chủ thể không chỉ có cá nhân mà còn có tổ chức. Vì thế, khi xác định lỗi của chủ thể là tổ chức vi phạm hợp đồng thì phải căn cứ vào lỗi của người đại diện cho tổ chức giao kết và thực hiện hợp đồng. Bên cạnh đó, vấn đề chứng minh

lỗi hoàn toàn không dễ dàng, không những không hạn chế được thiệt hại mà còn làm kéo dài cũng như tăng chi phí cho quá trình giải quyết khi có tranh chấp và đa phần bất lợi nghiêng về bên bị vi phạm. Mặt khác, khi tham gia giao kết hợp đồng, các bên đã biết hoặc buộc phải biết rằng mục đích của hợp đồng cùng quyền lợi của một bên chỉ có thể đạt được thông qua việc thực hiện đúng nghĩa vụ của bên kia. Điều đó cũng có nghĩa các bên nhận thức rõ ràng việc vi phạm nghĩa vụ của mình sẽ đem lại thiệt hại cho phía bên kia. Như vậy, bản thân hành vi vi phạm đã bao hàm yếu tố lỗi trong đó. Từ những phân tích này, các nhà làm luật không nên xem căn cứ lỗi là một trong các điều kiện làm phát sinh chế tài bồi thường thiệt hại.

2.2.1.2. Sự khác biệt về mức lãi chậm trả trong BLDS và LTM

Một vấn đề bất cập khác là nợ chậm trả. LTM 2005 quy định trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán nếu không có thỏa thuận khác thì phải trả tiền lãi. Theo BLDS 2005 lãi suất chậm trả tính theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tại thời điểm thanh toán (Khoản 2 Điều 305) và BLDS 2015 quy định lãi suất do các bên thỏa thuận nhưng lãi suất theo thỏa thuận không được vượt quá 20%/năm của khoản tiền chậm trả, trừ trường hợp luật khác có liên quan quy định khác hoặc nếu các bên không thỏa thuận được thì lãi suất được xác định bằng 50% mức lãi suất giới hạn lớn nhất của mức lãi suất thỏa thuận được (Điều 357 và Điều 468). Trong khi đó, cũng tương tự như vậy nhưng theo LTM 2005, tiền lãi được tính trên số tiền chậm trả đó theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán (Điều 306).

Cả hai quy định khác nhau giữa BLDS 2005 và LTM 2005 nói trên đều gây khó khăn cho người thực thi. Thực tế hiện nay, mức lãi suất do Ngân hàng Nhà nước công bố chỉ là mức lãi suất có tính định hướng để các tổ chức tín dụng tham khảo ấn định mức lãi suất huy động vốn và mức lãi suất cho vay đối với khách hàng. Mức lãi suất cơ bản luôn thấp hơn mức lãi suất huy động vốn và thấp hơn rất nhiều so với mức lãi suất cho vay của các tổ chức tín dụng. Nếu việc chậm trả tiền chỉ dẫn đến nghĩa vụ phải trả lãi theo lãi suất cơ bản thì việc chậm trả tiền đương nhiên là có lợi cho người có nghĩa vụ trả tiền và vô hình chung khuyến khích các

đương sự chiếm dụng vốn của nhau thông qua việc vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Bên cạnh đó, thế nào là lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường, là phải lấy số liệu của tất cả các ngân hàng thương mại trên thị trường hoặc chỉ một số ngân hàng trong khu vực nơi tranh chấp hay chỉ cần thị trường liên ngân hàng. Tuy nhiên, hiện nay chưa có bất cứ văn bản nào hướng dẫn cụ thể cách xác định mức lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường. Có quan điểm cho rằng, lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tính theo mức lãi suất nợ quá hạn do Ngân hàng Nhà nước công bố tại thời điểm thanh toán. Nhưng quan điểm khác lại cho rằng, phải tính theo mức lãi suất nợ quá hạn trung bình của ba Ngân hàng Vietcombank, Vietinbank, Agribank (Ngân hàng thương mại Nhà nước) đang hoạt động trên địa bàn xảy ra tranh chấp (ít nhất là trong phạm vi một quận, huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh).

Trên thực tế, để xác định con số này khi giải quyết tranh chấp mỗi Tòa án đã có những yêu cầu rất khác nhau và đưa ra những quyết định không giống nhau cho cùng một vấn đề. Đôi khi Tòa án còn viện dẫn cả BLDS 2005 và LTM 2005 về tiền lãi chậm thanh toán nhưng cuối cùng lại ưu tiên áp dụng các quy định của BLDS hay của LTM và việc này rất khó giải thích rõ ràng. Đơn cử như ví dụ sau: Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 19/2012/KDTM-ST ngày 24/09/2012 của TAND quận Hải Châu, Tp Đà Nẵng về việc “Tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa”.

❖ Nguyên đơn: Công ty TNHH MTV Tý Tuyết.

Địa chỉ: 207 Hải Phòng, Thanh Khê, Đà Nẵng

❖ Bị đơn: Công ty TNHH Mỹ Nam Hưng

Địa chỉ: 108 Lưu quý kỳ, Hải Châu, Đà Nẵng

Ngày 7/3/2012 hai bên có giao kết hợp đồng mua bán “thịt gà, thịt heo, cá nục”. Bên nguyên đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ theo hợp đồng. Tuy nhiên, tính đến ngày 25/4/2012 bên bị còn nợ bên nguyên số tiền hàng là 329.360.290 đồng. Bên nguyên đã khởi kiện tại Tòa án yêu cầu bên bị trả nợ và tiền lãi trên số tiền chậm thanh toán từ ngày 25/4/2012 đến ngày 24/9/2012 theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố là 9%/năm.

Qua quá trình xét xử, Thẩm phán quyết định: “...Đối với yêu cầu buộc thanh toán tiền nợ và lãi do chậm thanh toán từ ngày 25/4/2012 đến 24/9/2012 theo mức lãi suất cơ bản Ngân hàng Nhà nước công bố là 9%/năm phù hợp với Điều 306 LTM 2005 nên chấp nhận”. Tuy nhiên, khi áp dụng luật cho việc tính lãi do chậm thanh toán này, bản án lại đưa ra quyết định áp dụng Khoản 2 Điều 305 BLDS 2005 để tính lãi, mà không áp dụng theo Điều 306 LTM 2005.

Được biết mức lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường (theo Điều 306 LTM 2005) và mức lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố (theo Khoản 2 Điều 305 BLDS 2005) tại thời điểm thanh toán là không giống nhau. Vậy có phải Điều 306 LTM đã quy định nhưng không có văn bản hướng dẫn cụ thể đã vô hình trung làm cho các Thẩm phán phải bỏ qua việc ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành để áp dụng luật cơ sở trong vụ tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa nói trên. Nếu vào một thời điểm nào đó, mức chênh lệch giữa hai mức lãi suất nói trên lớn sẽ gây ra những bất công cho một trong hai bên đương sự.

Tuy nhiên, có thể thấy được sự sửa đổi về mức lãi suất của BLDS 2015 đã có một tiến bộ rất lớn. Khi áp dụng vào thực tế có thể dễ dàng xác định được mức lãi suất và không làm mất đi sự khách quan khi giải quyết tranh chấp. Quy định này vẫn tôn trọng sự thỏa thuận của các đương sự nhưng đồng thời cũng đặt ra mức trần cho lãi suất, tránh trường hợp lãi quá nặng và cũng đề phòng trường hợp các bên có tranh chấp về mức lãi suất thì lãi suất được tính dựa trên khoản tiền vay, cụ thể là $50\% * 20\%/năm * \text{khoản tiền vay}$.

2.2.2. Những bất cập và vướng mắc trong việc áp dụng bồi thường thiệt hại

2.2.2.1. Xác định phạm vi thiệt hại được bồi thường

Như đã phân tích tại phần 1.2.2.2, LTM 2005 không chỉ rõ phạm vi thiệt hại được đền bù, nên trong thực tế áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại thường gặp nhiều khó khăn khi xác định thiệt hại nào được đền bù.

Trước đây, LTM 1997 có quy định một trong các căn cứ để bồi thường thiệt hại là có “thiệt hại vật chất”, tức là chỉ những thiệt hại vật chất mới được bồi thường. Nhưng LTM 2005 sửa đổi quy định này thành “thiệt hại thực tế” mà không

nói rõ là thiệt hại về vật chất hay tinh thần. Vậy đối với những thiệt hại về tinh thần như uy tín, danh tiếng thì có được bồi thường không. Câu trả lời là có nếu như bên có quyền đưa ra các bằng chứng chứng minh được các khoản tổn thất này. Vấn đề là việc chứng minh được các thiệt hại về tinh thần không phải là vấn đề đơn giản và thường bị Tòa án bác yêu cầu khi đưa ra xét xử trong thương mại mặc dù thiệt hại về tinh thần hoàn toàn có thể tồn tại khi vi phạm xảy ra.

Một vấn đề cần đề cập đến nữa là chi phí pháp lý khi thuê luật sư, là chi phí mà hầu như đều phát sinh trong các vụ tranh chấp. LTM 2005 cũng không đề cập đến yếu tố này nhưng Khoản 3 Điều 168 Bộ luật tố tụng dân sự 2015 quy định: “chi phí cho luật sư do người có yêu cầu chịu, trừ trường hợp các bên đương sự có thỏa thuận khác”. Do vậy thông thường thì yêu cầu bồi hoàn chi phí luật sư của bên bị vi phạm sẽ bị Tòa án bác bỏ với lý do tương tự như một khi đương sự đã chủ động quyết định thuê luật sư thì phải tự lo hoặc Tòa chỉ chấp nhận những khoản chi phí hợp lý, hợp lệ và thật sự cần thiết. Nhưng riêng cá nhân tôi cho rằng nên chấp nhận chi phí thuê luật sư vì đây được coi như là thiệt hại thực tế, hợp lý để bảo vệ quyền lợi cho bên bị vi phạm nếu bên này chứng minh được mình bị tổn kém khoản này do lỗi của bên kia.

2.2.2.2. Tính dự đoán trước của thiệt hại

Quy định tại Khoản 2 Điều 302 LTM 2005 đề cập rất rõ đến tính thực tế và trực tiếp của thiệt hại nhưng không nhắc gì đến tính suy đoán. Giá trị bồi thường thiệt hại có thể bị ảnh hưởng bởi tính dự đoán trước. Các văn bản luật quốc tế như Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1980 hay Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010 đều có quy định về tính dự đoán trước của thiệt hại tại Điều 7.4.4: “Bên có nghĩa vụ chỉ chịu trách nhiệm đối với những thiệt hại mà mình đã dự đoán trước hoặc đã có thể dự đoán trước một cách hợp lý, vào thời điểm giao kết hợp đồng như một hậu quả có thể xảy ra từ việc không thực hiện”. Có nhiều quan điểm cho rằng, thiệt hại theo quy định của LTM 2005 là có tính dự đoán trước [35, tr. 58]. Tuy nhiên, tôi đồng ý với quan điểm của

tác giả Nguyễn Thị Hồng Trinh: từ tính trực tiếp, thực tế không thể suy ra tính suy đoán của thiệt hại được[41, tr. 50], bởi vì:

- Thứ nhất, tính xác thực, trực tiếp của thiệt hại và tính dự đoán trước của thiệt hại không phải là một. Các văn bản luật Thương mại quốc tế cũng phân biệt rõ hai khái niệm này. (Ví dụ rõ ràng là Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010 có hai điều luật riêng biệt về hai tính chất này là Điều 7.4.3 và 7.4.4);

- Thứ hai, mặc dù từ tính dự đoán trước có thể suy rộng ra tính xác thực của thiệt hại, việc suy luận ngược lại rằng từ tính trực tiếp, xác thực mà hiểu thêm có tính dự đoán trước thì cần phải có thêm lý giải xác đáng. Mặc dù nếu thiệt hại là thực tế, trực tiếp thì thiệt hại đó phải có mối quan hệ nhân quả với hành vi vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, vì thiệt hại có mối quan hệ nhân quả nên nó có tính dự đoán trước là một điều chưa chắc. Bởi vì không phải thiệt hại có mối quan hệ nhân quả nào bên vi phạm cũng có thể dự liệu trước;

- Thứ ba, một số nước trên thế giới ví dụ như Pháp không giới hạn mức thiệt hại được đền bù trong phạm vi dự đoán trước [44, tr. 58]. Như vậy, tính xác thực không nhất thiết phải đi cùng tính dự đoán trước.

Tóm lại, có thiệt hại thực tế xảy ra là một trong những căn cứ làm phát sinh quan hệ bồi thường thiệt hại hợp đồng. Bên bị vi phạm không thể yêu cầu bên vi phạm bồi thường những thiệt hại mang tính giả định hoặc có thể xảy ra. Việc không quy định rõ ràng tính dự đoán trước có thể làm tăng giá trị thiệt hại phải bồi thường, khi thiệt hại là trực tiếp, thực tế nhưng lại không thể biết được vào lúc ký kết và nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của hợp đồng chẳng hạn như sự tăng giá lên cao một cách đột ngột. Vì thế, có thể gây nên sự bất bình đẳng đối với bên vi phạm.

2.2.2.3. Nghĩa vụ hạn chế tổn thất

LTM 2005 có quy định nghĩa vụ hạn chế tổn thất thuộc về bên bị vi phạm, nhưng lại không có hướng dẫn cụ thể thế nào là “biện pháp cần thiết”, hợp lý để hạn chế thiệt hại; cũng như bên có nghĩa vụ phải thực hiện đến mức độ nào. Nếu không quy định rõ vấn đề này thì thực tế sẽ có những trường hợp như thực hiện nhiều biện

pháp hạn chế nhưng sau đó lại không được công nhận hoặc thực hiện cho có nhưng lại được xem là đã hoàn thành nghĩa vụ. Điều này dẫn đến sự không công bằng cho các bên chủ thể.

Bên cạnh đó, việc quy định vấn đề hạn chế tổn thất như là một nghĩa vụ sẽ làm ảnh hưởng đến tiêu chí công bằng, thiện chí trong thương mại. Bởi vì, việc cố tình vi phạm cho thấy được sự không trung thực và tôn trọng lẫn nhau khi thực hiện giao dịch. Sẽ rất vô lý nếu pháp luật ép buộc người bị vi phạm phải tỏ ra thiện chí hợp tác với người không trung thực. Hơn thế nữa, thông qua hành vi cố ý vi phạm vì lợi ích riêng của mình, bên vi phạm đã thể hiện ý chí không muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng nữa. Chính vì thế, sẽ không công bằng khi một bên đã quyết bảo vệ quyền lợi của mình và chấp nhận vi phạm hợp đồng, rồi lại dùng pháp luật để buộc bên bị vi phạm phải tự hạn chế tổn thất nhằm giảm các khoản bồi thường thiệt hại mà người vi phạm phải trả. Với những lý do trên, vấn đề này cần được xem xét lại.

2.2.2.4. Bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên bị vi phạm có lỗi

Hiện nay, pháp luật thương mại chưa có quy định về vấn đề bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên bị vi phạm có lỗi nhưng tại Điều 363 BLDS 2015 đã có quy định về vấn đề này, cụ thể: “Trường hợp vi phạm nghĩa vụ và có thiệt hại là do một phần lỗi của bên bị vi phạm thì bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình”.

Theo điều 364 BLDS 2015, lỗi trong trách nhiệm dân sự được chia thành lỗi cố ý và lỗi vô ý. Tuy nhiên, dường như các nhà làm luật đã sử dụng hoàn toàn ý tưởng của yếu tố lỗi trong cấu thành tội phạm được quy định tại Bộ luật hình sự để hình thành nên lỗi trong dân sự. Trách nhiệm hình sự và trách nhiệm dân sự là hai chế định khác nhau, được xây dựng dựa trên các nguyên tắc khác nhau, do đó, cần có một định nghĩa khác cho lỗi trong dân sự. Đối với Bộ luật hình sự, lỗi là trạng thái tâm lý chủ quan thì đối với dân sự nói chung và thương mại nói riêng, lỗi nên được hiểu là mức độ quan tâm của chủ thể đến việc thực hiện nghĩa vụ của mình – đây cũng là quan điểm của hệ thống pháp luật La Mã – Châu Âu (Civil law), hay nói một cách dễ hiểu hơn là cách hành xử thông thường nhất để không có lỗi. Trong

nhiều trường hợp, mặc dù lỗi nhiều nhưng lại gây ra hậu quả nhẹ và ngược lại, lỗi ít nhưng lại gây ra hậu quả nặng. Vậy, nếu căn cứ vào mức độ lỗi để xác định mức bồi thường thiệt hại thì sẽ không công bằng cho các bên tham gia giao kết hợp đồng. Do đó, chúng ta không nên dựa trên mức độ lỗi để quyết định mức bồi thường thiệt hại mà nên xem xét lỗi của mỗi bên sau đó đưa ra giá trị bồi thường thiệt hại dựa theo phương pháp bù trừ.

2.2.2.5. Nghĩa vụ tiền hợp đồng

Quyền đòi bồi thường thiệt hại không chỉ có thể nảy sinh trong quá trình thiệt hại mà còn có thể nảy sinh trong giai đoạn tiền hợp đồng (đàm phán, thảo luận hợp đồng). Hiện tại, pháp luật thương mại Việt Nam chưa đề cập đến vấn đề này, nhưng những văn bản luật thương mại quốc tế như Những nguyên tắc trong hợp đồng thương mại quốc tế - PICC 2004 đã có nói đến. Đối với các hành vi đàm phán hợp đồng với ý định xấu, tiết lộ thông tin bí mật, lừa đảo,... thì dù chưa giao kết hợp đồng nhưng cũng gây ra thiệt hại nhất định cho một bên chủ thể.

2.3. Miễn trách nhiệm phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại

2.3.1. Một số vấn đề pháp lý đặt ra trong thực tiễn áp dụng

Trong các trường hợp miễn trách nhiệm đã nêu trên thì bất khả kháng là trường hợp thường xuyên được các bên dẫn chứng khi có hành vi vi phạm để được miễn trách nhiệm. Tuy nhiên, để chứng minh được trường hợp bất khả kháng đã xảy ra để làm cơ sở để thoát khỏi trách nhiệm là điều không dễ dàng và thường gây ra nhiều tranh cãi trong quá trình giải quyết tranh chấp. Ví dụ sau sẽ cho thấy điều đó: Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 36/2013/TLST-KDTM ngày 27/9/2013 về việc “Tranh chấp hợp đồng vận chuyển” của TAND quận Hải Châu, Tp Đà Nẵng.

❖ Nguyên đơn: Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng. Trụ sở: 245 Trưng Nữ Vương, quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng.

❖ Bị đơn: Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên. Trụ sở: 16 Nguyễn Du, quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng.

❖ Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan:

- Công ty CP Bảo hiểm Hàng Không. Địa chỉ chi nhánh tại Đà Nẵng: 76 Bạch Đằng, Tòa nhà Danabook, quận Hải Châu, TP. Đà Nẵng.

- Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung. Trụ sở: 119 Phạm Văn Đồng, phường Vĩnh Dạ, TP. Huế, tỉnh Thừa Thiên - Huế.

- Công ty TNHH Thương mại Vận tải biển Hợp Thành. Trụ sở: 16 Nguyễn Du, quận Hải Châu, TP. Đà Nẵng.

❖ Tóm tắt vụ việc:

** Nguyên đơn trình bày*

Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng và Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên có ký kết hợp đồng vận chuyển số 7.2/HĐVC/2013 ngày 07/02/2013. Theo hợp đồng, Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên nhận vận chuyển bằng đường biển xi măng PC40 Hạ Long đóng bao từ cảng Nhà máy Xi măng Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh vào Cảng Sông Hàn, Đà Nẵng cho Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng; khối lượng vận chuyển: 870 tấn; tên tàu vận chuyển: Hợp thành 16; Cảng xếp hàng: Cảng Nhà máy xi măng Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh; cảng dỡ hàng: Cảng sông Hàn, Đà Nẵng; giá cước vận chuyển: 190.000đ/tấn (đã bao gồm thuế VAT).

Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng có mua bảo hiểm hàng hóa đối với số lượng xi măng 870 tấn chuyên chở trên tàu Hợp Thành 16 tại Công ty CP Bảo hiểm Hàng không - Chi nhánh Đà Nẵng. Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên có mua bảo hiểm trách nhiệm tại Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung.

Sau khi ký kết hợp đồng, lúc 17 giờ ngày 21/02/2013, tàu Hợp Thành 16 khởi hành rời cảng Nhà máy xi măng Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh chở 870 tấn xi măng đi Đà Nẵng trong điều kiện thời tiết sóng gió bình thường.

Lúc 18 giờ 30 phút ngày 23/02/2013, tàu hành trình qua khu vực có tọa độ 16.54.300 N/107.41.254E gặp cơn mưa to, gió lớn, sóng mạnh lên bất thường, sóng đã xô vào mạn trái gây gãy một phần be mạn trái phía mũi tàu, gãy giá đỡ nệm bạt hầm hàng, gãy ống thông hơi, ống thăm kết Ballast, bạt hầm hàng bị rách,

Khi phát hiện sự cố, thuyền viên đã nỗ lực khắc phục bằng cách phủ lại bạt, chằng buộc tạm thời be chắn sóng, sự cố khắc phục xong lúc 20 giờ 30 phút cùng ngày.

Lúc 4 giờ ngày 24/02/2013, tàu thả neo tại vịnh Đà Nẵng, thuyền viên kiểm tra hầm hàng số 1 và số 2 phát hiện có nước xâm nhập, đồng thời báo cáo cho Cảng vụ Đà Nẵng. Lúc 19 giờ cùng ngày, tàu cập cảng 3 Cảng sông Hàn chờ làm hàng.

Lúc 12 giờ ngày 25/02/2013, tàu bắt đầu làm hàng. Trong quá trình làm hàng, phát hiện xi măng bị ướt góc bao, đã được chủ tàu và chủ hàng cho dỡ khỏi tàu đưa về kho của Nhà máy Sông Thu bảo quản chờ xử lý.

Cùng ngày, Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng đã báo ngay cho Công ty CP Bảo hiểm Hàng không biết sự cố xi măng bị ướt góc, hư hỏng trên tàu Hợp Thành 16 để Công ty CP Bảo hiểm Hàng không xem xét xử lý theo trách nhiệm của mình.

Ngày 05/3/2013, Công ty CP Bảo hiểm Hàng không đã yêu cầu Công ty CP Hàng Hải HDT - là đơn vị giám định độc lập tiến hành giám định để xác định mức độ và nguyên nhân gây tổn thất. Công ty CP Hàng Hải HDT đã đưa ra kết luận tại Báo cáo giám định nguyên nhân và tổn thất số 001/HH/13.H.D.T ngày 06/3/2013:

- Về tình trạng hàng hóa và mức độ thiệt hại:

- + Số lượng xi măng bị ướt góc bao, bị vón cục là 181 tấn, được chở về kho Nhà máy Sông Thu để bảo quản chờ xử lý.

- + Số lượng xi măng các lớp nằm dưới sàn đáy hầm mũi bị ướt đông chết là 82,25 tấn. Chủ hàng và chủ tàu đã thống nhất đây là xi măng hư hỏng hoàn toàn được dỡ khỏi tàu và chở đi đổ hủy.

- Xác định nguyên nhân tổn thất:

- + Điều kiện cấp gió tại thời điểm xảy ra sự cố và trên toàn tuyến hành trình không phải là cấp gió bão. Như vậy, tổn thất hàng hóa nói trên không phải là hậu quả trực tiếp từ bão.

- + Thuyền trưởng không xem xét, đánh giá đầy đủ nguy hiểm mà tàu gặp phải khi xảy ra sự cố, cũng như chưa áp dụng thích hợp các biện pháp để giảm thiểu tổn thất.

+ Thuyền trưởng thiếu quan tâm đến công tác bảo quản tàu, cũng như khắc phục khiếm khuyết trước hành trình.

Căn cứ Điều 5 của Hợp đồng vận chuyển số 7.2/HDDVC02013 mà hai bên đã ký kết ngày 07/02/2013 quy định rõ trách nhiệm của Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên là: “Đảm bảo tuyệt đối an toàn về khối lượng hàng đã nhận, xếp lên tàu. Trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng thì bên B phải bồi hoàn 100% giá trị thiệt hại theo giá trị ghi trên hóa đơn cộng với các chi phí và thiệt hại thực tế phát sinh (trừ trường hợp bất khả kháng)”, căn cứ vào Biên bản hiện trường ngày 26/02/2013 được lập giữa Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng, đại diện tàu Hợp Thành 16 và Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên và căn cứ vào Báo cáo số 001/HH/13.H.D.T ngày 06/3/2013 của Công ty CP Hàng Hải HDT giám định nguyên nhân và tổn thất xi măng trên tàu Hợp Thành 16, Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng xác định tổn thất xi măng trên tàu Hợp Thành 16 hoàn toàn do lỗi của Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên - là bên nhận vận chuyển.

Từ những vi phạm trên, Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng yêu cầu Tòa án giải quyết buộc Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên phải bồi thường tổn thất thiệt hại và chi phí phát sinh để giải quyết sự cố tại tàu Hợp Thành 16 là 223.063.388đồng.

Những khoản yêu cầu đều có hóa đơn, chứng từ. Riêng, đối với khoản yêu cầu thiệt hại xi măng chết tại tàu là 82,25 tấn và xi măng chết sau khi đóng gói là 15,7 tấn với giá 1.530.000đ/tấn là căn cứ vào hóa đơn mua hàng tại Công ty CP xi măng Hạ Long là 1.300.000đ/tấn, cộng với chi phí vận chuyển 190.000đ/tấn, số tiền còn lại là chi phí bốc xếp trả cho cảng Đà Nẵng.

** Bị đơn trình bày:*

Căn cứ Điều 5.1 và 5.2 của Hợp đồng vận chuyển số 7.2/HDVC/2013 ngày 07/02/2013 thì: Bên B (người vận chuyển) không phải bồi thường thiệt hại về hàng hóa do sự cố bất khả kháng gây ra, Bên A (bên thuê vận chuyển) phải mua bảo hiểm

hàng hóa để bảo đảm an toàn hàng hóa; căn cứ vào khoản 2 Điều 78 Bộ luật hàng hải quy định về “Miễn trách nhiệm của người vận chuyển” trong suốt quá trình vận chuyển thì đây là tai nạn xảy ra trên biển do thời tiết xấu, tố lốc, mưa to bất thường gây ra (bất khả kháng). Chủ tàu, thuyền viên đi trên tàu Hợp Thành 16 không có lỗi trong tổn thất hàng hóa này. Toàn bộ tổn thất xảy ra ước hàng trên tàu Hợp Thành 16 thuộc về trách nhiệm bồi thường của bảo hiểm hàng hóa. Nếu chủ hàng (người thuê vận chuyển) không mua bảo hiểm theo quy định thì phải chịu trách nhiệm về tổn thất.

** Công ty CP Bảo hiểm Hàng không - Chi nhánh Đà Nẵng trình bày:*

Căn cứ vào chứng thư giám định số 001/HH/13 H.D.T ngày 06/3/2013 của Công ty CP Hàng Hải H.D.T, Công ty CP Bảo hiểm Hàng không xác định tổn thất lô hàng xi măng của Công ty CP Dịch vụ Thương mại và Du lịch Trung ương tại Đà Nẵng không thuộc phạm vi trách nhiệm của đơn bảo hiểm số 031300210 cấp ngày 22/02/2013 mà Công ty CP Bảo hiểm Hàng Không đã cấp cho Công ty CP Dịch vụ Thương mại và Du lịch Trung ương tại Đà Nẵng.

** Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung trình bày:*

Công ty TNHH Vận tải biển Hợp Thành có mua bảo hiểm thân tàu và trách nhiệm dân sự của chủ tàu đối với tàu Hợp Thành 16 tại Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung. Theo Điểm 2C Điều 78 của Bộ luật hàng hải thì người vận chuyển được miễn toàn bộ trách nhiệm nếu tổn thất hàng hóa xảy ra trong trường hợp thiên tai. Do vậy, Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung cho rằng vụ tổn thất xi măng trên tàu Hợp Thành 16 không thuộc trách nhiệm của chủ tàu và nhà bảo hiểm được miễn trách nhiệm trong vụ tổn thất này. Nếu Tòa án có phán quyết buộc chủ tàu có trách nhiệm bồi thường thì Công ty Bảo hiểm Xuân Thành Bắc Miền Trung sẽ có trách nhiệm chi trả số tiền thiệt hại trong trường hợp Công ty TNHH Vận tải biển Hợp Thành đồng ý.

** Công ty TNHH Vận tải biển Hợp Thành trình bày:*

Quá trình vận chuyển xi măng từ Quảng Ninh đi Đà Nẵng, đến 18 giờ 30 ngày 23/02/2013, tại vị trí 16.54.300N/107.41.253E tàu gặp cơn mưa to, gió lớn, sóng

biển mạnh lên bất thường. Sóng đã xô mạnh mạn trái gây nên gãy một phần be mạn trái mũi tàu, gãy giá đỡ nệm bạt hầm hàng, gãy ống thông hơi hầm hàng, bạt hầm hàng bị tróc và rách. Thuyền trưởng đã huy động các thuyền viên cố gắng sửa chữa, khắc phục để giảm tổn thất. Mãi đến 20 giờ 30 phút cùng ngày, thuyền viên mới khắc phục, phủ lại bạt, chằng buộc tạm thời, chằng buộc lại be bị gãy. Thuyền trưởng nghi ngờ có nước vào hầm hàng, gây ướt hàng. Lúc 4 giờ ngày 24/02/2013, tàu vào tới vịnh Đà Nẵng neo. Thuyền trưởng đã cho thuyền viên kiểm tra và phát hiện có nước ở hầm hàng số 1 và hầm hàng số 02 nên khắc phục bơm nước ở hầm hàng ra để giảm tổn thất. Như vậy, thuyền trưởng và thuyền viên đã làm hết sức mình để đảm bảo an toàn cho thuyền viên, tàu, hàng hóa và giảm thiểu tổn thất. Sau khi tàu cập cảng Đà Nẵng, ngày 25/02/2013, thuyền trưởng trình Kháng nghị hàng hải và đã được Cảng vụ hàng hải Đà Nẵng xác nhận lúc 16 giờ cùng ngày.

Như vậy, đây là tai nạn do thiên tai gây nên, là tai nạn hàng hải bất khả kháng, không thuộc lỗi của thuyền viên đi trên tàu gây nên. Chủ tàu, thuyền viên đi trên tàu Hợp Thành 16 được miễn trách nhiệm theo quy định của pháp luật.

❖ Quyết định của Tòa án:

Xét yêu cầu khởi kiện của Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng về việc yêu cầu Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên bồi thường tổn thất xi măng trong quá trình vận chuyển theo Hợp đồng vận chuyển số 7.2/HĐVC/2013 ngày 07/02/2013 đã được ký kết giữa hai bên, Hội đồng xét xử thấy:

Tại Điều 5 của hợp đồng vận chuyển đã ký, hai bên thỏa thuận về trách nhiệm của bên B (bên vận chuyển) như sau: “...Đảm bảo tuyệt đối an toàn về khối lượng hàng đã nhận, xếp lên tàu. Trong trường hợp hàng hóa bị mất mát, hư hỏng, thì bên B phải bồi hoàn 100% giá trị thiệt hại theo giá trị ghi trên hóa đơn cộng với các chi phí và thiệt hại thực tế khác phát sinh (trừ trường hợp bất khả kháng)...”. Trong quá trình vận chuyển, căn cứ vào Nhật ký hàng hải và Kháng nghị hàng hải đã được Cảng vụ hàng hải Đà Nẵng xác nhận lúc 16 giờ ngày 25/02/2013 thì: Lúc 17 giờ ngày 21/02/2013, Tàu Hợp thành 16 chở 870 tấn xi măng rời cảng Hòn Gai,

Quảng Ninh đi Đà Nẵng trong điều kiện thời tiết sóng gió bình thường - gió NE/4. Đến 13 giờ ngày 23/2/2013, gió bắt đầu tăng lên NE/5. Đến 18 giờ cùng ngày, trời mưa to, gió NE chuyển cấp 6,7, sóng to, đập mạnh vào be hầm hàng. Đến 19 giờ, sóng to, đánh gãy 15 be hầm hàng, gãy 02 ống thông hơi hầm hàng, nước bắn sóng to trùm lên nắp hầm hàng gây rách bạt; báo động toàn tàu ra khắc phục đến 22 giờ 30 phút mới tạm thời khắc phục xong. Đến 04 giờ ngày 24/02/2013, tàu vào neo tại vịnh Đà Nẵng và thuyền trưởng đã cho thuyền viên khắc phục bơm nước ở hầm hàng 01 và hầm hàng 02 để giảm tổn thất. Việc thời tiết xấu bất thường xảy ra theo nhật ký hàng hải phù hợp với văn bản số 139a/DBTU' ngày 27/5/2013 của Trung tâm dự báo khí tượng thủy văn trung ương gửi cho Công ty CP Bảo hiểm Hàng không thể hiện trong thời gian vào chiều và tối ngày 23/02/2013 tại vùng biển phía Nam khu vực vịnh Bắc Bộ (bao gồm cả vị trí cần thăm định - vị trí 16o54'N - 107o41'E) có ảnh hưởng của không khí lạnh kết hợp với hoạt động của đới gió Đông Bắc có cường độ mạnh gây mưa rào, gió mạnh có thể kèm theo gió giật gây nguy hiểm cho tàu thuyền đi trên biển. Theo đánh giá của Trung tâm dự báo khí tượng thủy văn trung ương thì với điều kiện thời tiết như vậy thì tốc độ gió, độ cao sóng trên vùng biển ngoài khơi còn cao hơn thực tế đo được. Mặt khác, khi sự cố xảy ra, Thuyền trưởng và các thuyền viên đã báo động khắc phục, mẫn cán, áp dụng các biện pháp cần thiết và khả năng cho phép để khắc phục sự cố là bơm nước ở các hầm hàng 01 và 02. Việc Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng căn cứ vào Chứng thư giám định tổn thất xi măng trên tàu Hợp thành 16 do Công ty CP Hàng hải H.D.T tiến hành giám định theo yêu cầu của Công ty Bảo hiểm Hàng không là đơn vị được Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng tham gia bảo hiểm theo Đơn bảo hiểm hàng hóa vận chuyển nội địa số 031300210 ngày 22/2/2013 đã kết luận tổn thất hàng hóa xi măng trên tàu Hợp thành 16 không phải là hậu quả trực tiếp của bão để khẳng định thiệt hại xảy ra không phải do sự kiện bất khả kháng là không phù hợp. Chứng thư cũng đã kết luận thuyền trưởng không xem xét đánh giá đầy đủ nguy hiểm mà tàu gặp phải khi xảy ra sự cố, cũng như chưa áp dụng thích hợp các biện pháp để giảm thiểu

tổn thất, thuyền trưởng thiếu quan tâm đến công tác bảo quản tàu cũng như khắc phục khiếm khuyết trước khi hành trình. Kết luận này cũng mâu thuẫn với Nhật ký hàng hải và Giấy chứng nhận khả năng đi biển của tàu Hợp thành 16.

Từ những nhận định trên, căn cứ vào Khoản 1 Điều 161 BLDS, Hội đồng xét xử xác định thiệt hại xảy ra đối với xi măng được tàu Hợp Thành 16 vận chuyển là do sự kiện bất khả kháng. Do vậy, căn cứ vào Điều 78 của Bộ luật hàng hải thì người vận chuyển là Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên không phải chịu trách nhiệm bồi thường. Do đó Tòa án không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng về việc yêu cầu Công ty Vũ Gia Nguyên bồi thường thiệt hại.

Sau đó, Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng đã có đơn kháng cáo và TAND TP. Đà Nẵng đã đưa vụ án ra xét xử phúc thẩm vào ngày 27/12/2013. Bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 25/2013/KDTM-PT ngày 27/12/2013 của TAND TP. Đà Nẵng nhận định rằng:

Quyết định sửa bản án sơ thẩm: Buộc Công ty TNHH Vận tải và Thương mại Vũ Gia Nguyên bồi thường cho Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng số tiền tổn thất hàng hóa là 223.063.388đ, với những lý do như sau:

- Theo Điều 161 BLDS, một sự kiện được xem là bất khả kháng phải hội tụ đủ ba yếu tố: xảy ra một cách khách quan, không thể lường trước được, không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp và khả năng cho phép.

Xét sự cố trên biển đối với tàu Hợp Thành 16, thấy rằng:

- Lúc 17 giờ ngày 21/02/2013, tàu Hợp Thành 16 khởi hành rời cảng nhà máy xi măng Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh đi Đà Nẵng trong điều kiện thời tiết bình thường, gió cấp 4. Đến 13 giờ ngày 23/2/2013, gió bắt đầu tăng lên cấp 5, thời tiết vẫn bình thường. Lúc 18 giờ 30 phút ngày 23/2/2013, tàu hành trình qua khu vực có tọa độ 16.54.300N/107.41.254E, gặp cơn mưa to, gió lớn, sóng mạnh đã xô vào mạn trái gây gãy một phần be mạn trái phía mũi tàu, gãy giá đỡ nệm bạc hầm hàng, gãy ống thông hơi, ống thăm két ballast, bạt hầm hàng bị rách. Khi phát hiện sự cố,

thuyền viên đã nỗ lực khắc phục bằng cách phủ lại bạc, chằng buộc tạm thời be chắn sóng, sự cố khắc phục xong lúc 20 giờ 30 phút cùng ngày.

- Theo nhật ký hàng hải, gió trong toàn bộ hành trình từ lúc khởi hành đến lúc kết thúc đều là gió NE/4; chỉ tăng lên NE/5 trước sự cố 5 giờ và sau sự cố 5 giờ. Cấp gió tại thời điểm xảy ra sự cố là gió cấp 5. Cấp gió này chưa thể tạo ra tình trạng thời tiết có bão. Mặc dù, thời tiết lúc xảy ra sự cố được nhật ký hàng hải ghi nhận là thời tiết xấu, nhưng theo các bản tin thời tiết đã sự báo tình hình thời tiết sẽ không hoàn toàn thuận lợi cho hành trình từ Hải Phòng đến Đà Nẵng. Lúc tàu khởi hành gió cấp 4 và việc gió từ cấp 4 lên cấp 5 trong tình hình thời tiết đã được dự báo trước nên không thể xem sự cố xảy ra trong điều kiện gió cấp 5 là sự kiện “không thể lường trước được”. Người vận chuyển phải biết và dự liệu các tình huống này để đề phòng và chuẩn bị các điều kiện cần thiết đảm bảo an toàn cho hàng hóa và tàu trong quá trình vận chuyển hàng hóa.

- Khi xảy ra sự cố, thuyền trưởng và các thuyền viên đã cố gắng khắc phục nhưng thiệt hại về hàng hóa vẫn xảy ra. Tổn thất về hàng hóa có thể được hạn chế nếu tàu được trang bị tốt và thuyền trưởng áp dụng các biện pháp thích hợp. Thời tiết xấu trong điều kiện gió cấp 5 trên biển chưa thể xem là vượt quá khả năng khắc phục đối với tàu Hợp Thành 16. Do đó, chứng thư giám định của Công ty CP Hàng Hải H.D.T nhận định: quây miệng hầm hàng số 1 bị gãy khoảng 3m giá đỡ nằm bật nửa bên trái, cáp kéo đã làm đứt giá đỡ nằm bật từ rất lâu trước đó, bạt che phủ ngoài cũng cũ đã có vết rách, mạn giả khỏe được thiết kế chịu gió cấp 7, khi tàu gặp gió cấp 5 tác động trực diện đã gây gãy, như vậy, mạn giả khỏe đã yếu... và kết luận: Điều kiện cấp gió tại thời điểm xảy ra sự cố không phải là gió cấp bão. Thuyền trưởng không xem xét và đánh giá đầy đủ nguy hiểm mà tàu gặp phải khi xảy ra sự cố cũng như chưa áp dụng các biện pháp thích hợp để giảm thiểu tổn thất. Thuyền trưởng thiếu quan tâm đến công tác bảo quản tàu, cũng như khắc phục khiếm khuyết trước kì hành trình, là có cơ sở.

- Do không hội đủ ba yếu tố của sự kiện bất khả kháng quy định tại Điều 161 BLDS nên sự cố gây tổn thất trên không thể xem là sự kiện bất khả kháng. Tòa án

cấp sơ thẩm chấp nhận sự kiện bất khả kháng, bác yêu cầu khởi kiện của chủ hàng là không đúng.

- Việc Công ty CP Hàng Hải H.D.T tiến hành giám định tổn thất để xác định nguyên nhân và mức độ tổn thất theo yêu cầu của Công ty Bảo hiểm hàng không là phù hợp với quy định tại Khoản 1 Điều 48 Luật kinh doanh bảo hiểm về giám định tổn thất. Sau khi biết được kết luận giám định của Công ty CP Hàng Hải H.D.T, mặc dù không đồng ý, nhưng Công ty Vũ Gia Nguyên và Công ty Hợp Thành không yêu cầu Công ty giám định độc lập khác hoặc yêu cầu Tòa án trưng cầu giám định tư pháp để xác định được nguyên nhân tổn thất. Do đó, Công ty Vũ Gia Nguyên từ chối bồi thường với lý do cho rằng nguyên nhân gây ra tổn thất do sự kiện bất khả kháng là không có căn cứ.

- Trong giai đoạn giải quyết phúc thẩm, Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng cung cấp các tài liệu (hóa đơn, phiếu giao nhận hàng...) chứng minh tàu Hợp Thành 16 chở quá tải. Theo giấy chứng nhận cấp tàu do Cục đăng kiểm Việt Nam cấp, tàu Hợp Thành 16 có trọng tải toàn phần là 891 tấn, trong khi thực tế tàu chở 920 tấn. Việc chở quá tải của tàu Hợp Thành 16 đã vi phạm quy định về an toàn hàng hải đối với tàu biển (Điều 28 Bộ luật hàng hải), ảnh hưởng đến an toàn của hàng hóa trong quá trình vận chuyển. Vì vậy, không thể cho rằng người vận chuyển đã miễn cán đảm bảo an toàn tuyệt đối đối với hàng hóa theo quy định tại Điều 75 Bộ luật hàng hải và được miễn trách theo Điều 78 Bộ luật hàng hải. Người vận chuyển phải chịu trách nhiệm đối với tổn thất của hàng hóa do sai sót của tàu Hợp Thành 16 trong quá trình vận chuyển hàng hóa trên biển.

- Vì vậy, thiệt hại của Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng trong quá trình vận chuyển xi măng từ Hải Phòng về Đà Nẵng do lỗi của Công ty Vũ Gia Nguyên, không phải do sự kiện bất khả kháng. Theo Điều 5 của hợp đồng vận chuyển, Công ty Vũ Gia Nguyên có nghĩa vụ phải bồi thường cho Công ty CP Dịch vụ Thương mại và du lịch Trung Ương tại Đà Nẵng tổn thất về hàng hóa xảy ra: 223.063.388đ, là thỏa đáng.

Từ ví dụ trên cho thấy rằng, cùng một vụ án, cùng một tình huống với những tình tiết giống nhau về sự kiện bất khả kháng nhưng lại có những quyết định khác nhau. Nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là do HĐXX đánh giá sự kiện và có những nhận định khác nhau nên đã đưa ra quyết định trái ngược nhau; thêm vào đó, pháp luật vẫn chưa có văn bản nào quy định cụ thể các trường hợp bất khả kháng cũng như mức độ của nó. Với một khái niệm còn quá khái quát như vậy thì đương nhiên việc tìm được tiếng nói chung giữa các bên là không hề dễ dàng. Vì vậy, khi xét xử các tranh chấp có liên quan, đa phần các Thẩm phán sẽ đưa ra quyết định dựa trên ý chí chủ quan của mình, nên mới có nhiều phiên bản khác nhau cho cùng một tranh chấp.

Trừ khi các bên thoả thuận cụ thể về các trường hợp miễn trách nhiệm, có thể nói, các trường hợp miễn trách nhiệm mà Điều 294 LTM 2005 quy định còn khá chung chung và khó hiểu mà lại không bao quát hết được các trường hợp miễn trách nhiệm. Hơn thế nữa, giữa luật chung và luật chuyên ngành vẫn chưa thực sự thống nhất về vấn đề này, cụ thể được trình bày ở những phần tiếp theo.

2.3.2. Những bất cập và vướng mắc trong việc áp dụng các trường hợp miễn trách nhiệm phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại

2.3.2.1. Miễn trách nhiệm do trường hợp bất khả kháng

Về trường hợp bất khả kháng thì hiện nay chưa có bất kỳ một văn bản nào liệt kê một cách cụ thể và chi tiết sự kiện nào được xem là bất khả kháng. Tuy BLDS 2015 có nêu ra định nghĩa bất khả kháng tại Khoản 1 Điều 156, nhưng vẫn còn trừu tượng, khái quát và chủ quan. Bởi vì việc chứng minh sự kiện bất khả kháng thuộc về bên vi phạm nhưng phần công nhận đó có phải là sự kiện bất khả kháng hay không lại thuộc về cơ quan tài phán. Về vấn đề này, mặc dù BLDS 2015 là văn bản mới, thay thế cho BLDS 2005 nhưng vẫn chưa khắc phục được bất cập này. Ngoài ra, Điều 294 LTM 2005 chỉ quy định chung chung sự kiện bất khả kháng là điều kiện để bên vi phạm được miễn trách nhiệm nhưng chưa nêu bật được mối quan hệ nhân quả giữa sự kiện bất khả kháng và hành vi vi phạm hợp đồng. Về bản chất, để có thể được miễn trách nhiệm, sự kiện bất khả kháng phải xảy ra sau khi các bên ký

hợp đồng và sự kiện bất khả kháng phải là nguyên nhân dẫn đến kết quả là bên vi phạm không thể thực hiện được theo đúng cam kết. Ở đây, rõ ràng là quy định này chưa thể nêu bật lên được mối quan hệ nhân quả giữa sự kiện bất khả kháng và hành vi vi phạm. Trong một số trường hợp, các nước khác trên thế giới thừa nhận án lệ là một nguồn luật thì các bản án của Tòa án có liên quan đến vấn đề này sẽ là nguồn luật giải thích một cách cụ thể sự kiện bất khả kháng trong thực tế. Tuy nhiên, cho đến nay, Việt Nam mới bước đầu chấp nhận và công bố 06 án lệ đầu tiên theo Quyết Định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016. Trong số 06 án lệ này, chưa có án lệ nào đề cập đến các chế tài thương mại và miễn trách nhiệm khi vi phạm hợp đồng thương mại. Do đó, khi gặp các trường hợp về sự kiện bất khả kháng, nguồn luật duy nhất được sử dụng đó là quy phạm pháp luật. Mà những quy định lại rất chung chung sẽ gây một trở ngại không nhỏ cho các thương nhân và cho cả cơ quan tài phán và tạo ra khe hở cho những bên có mục đích không tốt, lợi dụng nhằm trốn tránh các nghĩa vụ giao kết.

2.3.2.2. Miễn trách nhiệm do lỗi của bên thứ ba

Pháp luật dân sự cũng như pháp luật thương mại chỉ nêu ra trường hợp miễn trách nhiệm khi hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên kia mà chưa tính đến khả năng hành vi vi phạm của một bên có nguyên nhân xuất phát từ bên thứ ba, mà bên này rơi vào các trường hợp mà pháp luật quy định được miễn trách nhiệm. Với các quy định hiện hành, trong trường hợp các bên không có thỏa thuận, đương nhiên bên vi phạm sẽ không được miễn trách nhiệm nếu do lỗi của bên thứ ba, mặc dù bên này rơi vào các trường hợp miễn trách nhiệm. Về vấn đề này, có vẻ như LTM 2005 cứng nhắc hơn so với Pháp lệnh hợp đồng kinh tế năm 1989. Tại Khoản 3 Điều 40 Pháp lệnh hợp đồng kinh tế đã có đưa ra trường hợp miễn trách nhiệm do lỗi của bên thứ ba: “Do bên thứ ba vi phạm hợp đồng kinh tế với bên vi phạm nhưng bên thứ ba không phải chịu trách nhiệm tài sản trong các trường hợp quy định tại Điểm 1 và Điểm 2 của điều này”. Tất cả các luật quy định về hợp đồng sau này như BLDS 1995, LTM 1997, BLDS 2005, BLDS 2015, LTM 2005 đã

không kế thừa sự tiến bộ này mà lại loại bỏ nó ra khỏi các trường hợp miễn trách nhiệm được quy định trong luật.

Tương tự với trường hợp trên, pháp luật hợp đồng hiện hành nói chung và Điều 294 LTM 2005 nói riêng cũng chưa dự liệu trường hợp miễn trách nhiệm do một bên uỷ quyền cho bên thứ ba thực hiện một phần hoặc toàn bộ hợp đồng mà bên thứ ba này vi phạm nghĩa vụ trong một số trường hợp cụ thể. Nếu trong trường hợp Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế trở thành nguồn luật để điều chỉnh đối với hợp đồng trong một số trường hợp được áp dụng thì vấn đề này sẽ được giải quyết tại Khoản 2 Điều 79. Khi một bên không thực hiện nghĩa vụ của mình do người thứ ba mà họ nhờ thực hiện toàn phần hay một phần hợp đồng cũng không thực hiện điều đó, thì bên ấy chỉ được miễn trách nhiệm trong trường hợp bên vi phạm hợp đồng được miễn trách nhiệm chiếu theo quy định của công ước và người thứ ba cũng sẽ được miễn trách nếu các quy định của công ước được áp dụng cho họ.

Tóm lại, hành vi vi phạm do lỗi của bên thứ ba chưa được công nhận là một trong các trường hợp được miễn trách nhiệm và đây là một trong những thiếu sót rất lớn của pháp luật thương mại Việt Nam.

2.3.2.3. Miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan quản lý Nhà nước có thẩm quyền

Trường hợp miễn trách nhiệm được áp dụng khi “hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng” quy định tại Điểm d Khoản 1 Điều 294 cũng rất khó hiểu và khó áp dụng. “Các bên” ở trong trường hợp này có nghĩa là cả bên vi phạm và bên bị vi phạm, thế nhưng việc không thể biết quyết định cơ quan nhà nước có thẩm quyền dẫn đến vi phạm hợp đồng chỉ có ý nghĩa đối với bên vi phạm hợp đồng, từ đó khẳng định bên vi phạm hợp đồng tuy có hành vi vi phạm nhưng lại không có lỗi. Việc bên bị vi phạm có biết hay không thì về bản chất không ảnh hưởng gì đến thái độ của bên vi phạm hợp đồng. Thêm vào nữa, hiểu thế nào là “không thể biết” để từ đó được miễn trách nhiệm đối với trường hợp

này cũng còn quá chung chung. Việc biết sự tồn tại của quyết định của cơ quan nhà nước buộc phải theo một cách chính thức hay có thể biết bằng nhiều cách khác nhau. Cơ quan quản lý nhà nước có phải thông báo bằng văn bản hay chỉ cần thông báo bằng miệng về quyết định đó thì thương nhân mới “biết”, hay chỉ cần bên bị vi phạm đưa ra các chứng cứ chứng minh các bên biết sự tồn tại của quyết định đó, bất kể “biết” theo kiểu gì, “biết” bằng cách nào cũng đều được công nhận là chứng cứ để bên vi phạm phải gánh chịu trách nhiệm. Thêm vào đó, pháp luật cũng không quy định rõ các trường hợp cụ thể và cơ quan Nhà nước có thẩm quyền là cơ quan nào.

CHƯƠNG 3

CÁC GIẢI PHÁP KIẾN NGHỊ NHẪM HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHẠT HỢP ĐỒNG VÀ BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI HỢP ĐỒNG TRONG THƯƠNG MẠI

Chúng ta có thể thấy sự phát triển của hợp đồng thương mại ngày một phát triển và càng phức tạp hơn, từ hình thức cho đến nội dung. Nhiều điều khoản hợp đồng mới được quy định trong hợp đồng nhằm ràng buộc các bên thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ của mình, trong đó các điều khoản về phạt vi phạm hoặc bồi thường thiệt hại hầu như đều xuất hiện trong tất cả các hợp đồng thương mại. Vì những lý do đã được đề cập ở trên thì pháp luật Thương mại cần phải có những thay đổi nhất định. Qua bước đầu nghiên cứu, một vài đề xuất được nêu dưới đây nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật Thương mại có thể còn cần phân tích sâu hơn để áp dụng vào thực tiễn một cách có hiệu quả để góp phần nâng cao tính hiệu quả khi áp dụng pháp luật thương mại.

3.1. Thống nhất các quy định về phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại trong thương mại

Đầu tiên, vấn đề cấp thiết đó là phải xác định rõ được mối quan hệ giữa hợp đồng dân sự và hợp đồng thương mại, tức là cần chỉ ra được đâu là cái chung và đâu là cái riêng; để từ đó có thể áp dụng Bộ luật hoặc Luật phù hợp để điều chỉnh. Hiện nay vẫn đang tồn tại những vấn đề mà cả Pháp luật Dân sự và Pháp luật Thương mại cùng quy định nhưng lại quy định khác nhau, không có sự thống nhất khiến cho hệ thống pháp luật thiếu sự đồng bộ, chồng chéo và gây mâu thuẫn. Việc tồn tại cùng một lúc hai loại quy phạm cho một vấn đề trong cùng một hệ thống pháp luật như trên là không thuyết phục, khó lý giải và rất khó áp dụng.

BLDS 2015 được coi như là luật cơ sở để dựa vào đó làm nền tảng xây dựng những luật chuyên ngành khác. Giữa luật cơ sở và luật chuyên ngành đòi hỏi phải có sự liên hệ, có chung những quy tắc cơ bản để có thể tạo nên một hệ thống Pháp luật thống nhất. Tuy nhiên, một trong những tồn tại của pháp luật dân sự Việt Nam là giữa BLDS 2015 và LTM 2005 vẫn còn nhiều điểm không tương đồng như đã phân tích. Cho nên, cần có sự sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật chuyên ngành có quy định về hợp đồng theo đúng hướng mà BLDS 2015 đã định ra. Mặc dù, có

nguyên tắc chung là khi có sự khác biệt giữa luật cơ sở và luật chuyên ngành thì sẽ ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành, nhưng cần lưu ý rằng, các quy định của luật chuyên ngành có nhiệm vụ quy định rõ hơn về một vấn đề chứ không phải là đi ngược lại hay gây mâu thuẫn với luật chung và phải tuân theo những nguyên tắc ban đầu cũng như tinh thần mà luật chung đã đưa ra.

Không chỉ những trường hợp quy định về chế tài phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại mà tôi đã nêu: mức phạt vi phạm, sự kết hợp giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, mức lãi chậm trả mà còn nhiều vấn đề khác nữa mà BLDS 2015 và LTM 2005 chưa hoàn toàn thống nhất về quan điểm dẫn đến các khó khăn và sự lúng túng khi áp dụng luật vào thực tiễn. Thiết nghĩ, BLDS được coi là bộ luật cơ sở, vì vậy cần phải quy định một cách khát quát, bao trùm được các luật chuyên ngành, và cũng cần “để dành” cho các văn bản luật và dưới luật khác một “không gian” nhất định để có thể quy định một cách cụ thể, chi tiết, sát với thực tế, và có tính thực thi cao; quan trọng hơn hết là luật chuyên ngành vẫn phải đi theo đúng cách tiếp cận mà BLDS đã đặt ra.

3.2. Hoàn thiện các quy định về phạt hợp đồng trong thương mại

Thứ nhất, cần sửa đổi bổ sung Điều 300 LTM 2005 về vấn đề thỏa thuận chế tài phạt vi phạm trong hợp đồng, để tránh cách hiểu cứng nhắc về điều kiện cần để áp dụng chế tài này khi có hành vi vi phạm xảy ra. Các chủ thể có thể yêu cầu bên vi phạm trả một khoản tiền phạt do vi phạm không chỉ khi có thỏa thuận trong hợp đồng mà còn có thể thỏa thuận ở phụ lục hợp đồng hay những văn bản tương tự.

Thứ hai, vấn đề tiếp theo tôi muốn đề cập đến đó là mức trần phạt vi phạm 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm quy định tại Điều 301 LTM 2005. Quy định này đã gây ra không ít rắc rối cho cơ quan chức quyền và làm ảnh hưởng đến tự do của các thương nhân khi thỏa thuận giao kết hợp đồng. Sửa đổi bổ sung mức phạt này, có hai loại ý kiến khác nhau:

- Ý kiến thứ nhất cho rằng, không nên giới hạn mức phạt tối đa, tức là cho phép các bên tự do thỏa thuận mức phạt vi phạm, không chịu bất cứ ràng buộc nào. Việc quy định mức phạt cao nhất sẽ phần nào làm vô hiệu hóa các thỏa thuận của

thương nhân, làm cho mục đích của chế tài không đạt được hoàn toàn. Việc giới hạn mức phạt sẽ gây khó khăn cho các chủ thể trong việc lựa chọn mức phạt. Không những thế, còn có các trường hợp chủ thể sẵn sàng vi phạm hợp đồng vì có sự so sánh giữa số tiền nộp phạt và số lợi nhuận thu được khi vi phạm hợp đồng. Ý kiến này được đưa ra dựa trên cơ sở quy định tại Khoản 2 Điều 418 BLDS 2015: “Mức phạt vi phạm do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp pháp luật liên quan có quy định khác”. Với hướng sửa đổi “không quy định mức phạt tối đa”, pháp luật sẽ đạt được sự thống nhất giữa luật chung và luật chuyên ngành.

- Ý kiến thứ hai cho rằng, phải có quy định mức phạt vi phạm tối đa nhưng mức phạt 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm như hiện nay vẫn còn thấp nên cần tăng thêm mức trần. Ý kiến này xuất phát từ quy định của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 có quy định mức phạt vi phạm hợp đồng từ 2 – 12% giá trị phần nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm, tùy từng trường hợp cụ thể.

➔ Tôi đồng ý với ý kiến thứ nhất vì các nhà làm luật cần tôn trọng tối đa sự thỏa thuận, tự nguyện của các bên. Không nên hiểu 8% là mức trần mà nên xem nó là mức phạt vi phạm mà pháp luật khuyến nghị, nếu các bên thỏa thuận cao hơn thì cũng không vi phạm pháp luật. Khi nền kinh tế Việt Nam đã chuyển từ bao cấp sang nền kinh tế thị trường, chúng ta cần phải thay đổi quan điểm về việc tham gia quá sâu vào các quan hệ pháp luật dân sự. Có ý kiến cho rằng, mục đích của mức trần 8% giá trị phần nghĩa vụ bị vi phạm là để bảo vệ lợi ích cho các thương nhân trong các trường hợp bên vi phạm phải nộp phạt với một khoản tiền quá lớn mà thực tế lại chưa gây ra thiệt hại gì về tài sản cho bên bị vi phạm hoặc ký hợp đồng nhằm mục đích phạt vi phạm. Những trường hợp như vậy thì đương nhiên các hợp đồng đó sẽ bị vô hiệu vì là hợp đồng với mục đích giả tạo. Thêm một lý do nữa để pháp luật để các bên tự do thỏa thuận mức phạt vi phạm là một khi đã tham gia vào “sân chơi” thương mại, các thương nhân nên chấp nhận rủi ro và từ đó, rút ra những kinh nghiệm. Lưu ý thêm rằng, khi sửa đổi bổ sung mức phạt vi phạm, nếu các nhà làm luật vẫn đưa ra mức trần hoặc mức khuyến nghị cho chế tài phạt vi phạm thì cần xem xét lại “giá trị nghĩa vụ hợp đồng bị vi phạm”, vì việc chứng minh giá trị

này cũng đem lại khá nhiều rắc rối, rất khó xác định. Chưa kể việc đánh giá kết luận khi phải đưa ra Tòa án giải quyết đều phụ thuộc vào ý chí chủ quan của HĐXX.

Thứ ba, cần đưa ra hướng dẫn cho trường hợp các chủ thể thỏa thuận mức phạt vi phạm vượt quá mức cho phép, chẳng hạn như bổ sung vào Điều 301 LTM 2005: “Trường hợp các bên thỏa thuận mức phạt vượt quá mức cho phép thì thỏa thuận phạt vi phạm vẫn được pháp luật công nhận nhưng phần vượt quá không có hiệu lực pháp luật”. LTM 2005 chưa có quy định rõ về vấn đề này, nhưng hiện nay tồn tại hai luồng ý kiến đó là: hợp đồng đó bị vô hiệu toàn phần do vi phạm điều cấm và ý kiến khác là vô hiệu một phần, tức là phần vi phạm (đã trình bày cụ thể tại phần 2.1.3.2). Thực tiễn xét xử cho thấy ý kiến thứ hai được ưu tiên áp dụng hơn. Vì vậy, trường hợp này cấp thiết được quy định rõ ràng để thống nhất cách hiểu về luật cho các Cơ quan tư pháp và chủ thể.

Thứ tư, thực tế cho thấy trường hợp vi phạm xảy ra do lỗi của hai bên thì yêu cầu trả tiền phạt có khi được Tòa án giải quyết nhưng có khi lại không được chấp nhận như các ví dụ tại phần 2.1.1.2. Vì vậy, cũng cần bổ sung quy định, hướng dẫn chi tiết cho trường hợp phạt đối với vi phạm do lỗi của hai bên chủ thể và nhất là tỷ lệ phân chia trách nhiệm chịu phạt tương ứng với phần vi phạm để thực tiễn xét xử được thống nhất.

3.3. Hoàn thiện quy định về bồi thường thiệt hại trong thương mại

Thứ nhất, cần giới hạn rõ phạm vi thiệt hại được bồi thường cho hợp đồng thương mại khi bị vi phạm. Cần hướng dẫn “thiệt hại thực tế” bao gồm cả thiệt hại vật chất và thiệt hại tinh thần hay chỉ bao gồm thiệt hại vật chất, bởi vì trên thực tế, những tổn thất về tinh thần hoàn toàn có thể xảy ra từ việc không thực hiện đúng hợp đồng (ví dụ: làm mất uy tín...). Thêm vào đó, pháp luật thương mại nên chấp nhận chi phí luật sư là thiệt hại thực tế, hợp lý để bảo vệ quyền lợi cho bên bị vi phạm vì chi phí này phát sinh do hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm. Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010 (Điều 7.4.2) chấp nhận giá trị bồi thường thiệt hại có bao gồm cả thiệt hại về tinh thần và chi phí thuê luật sư. Hiện nay, Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 của Việt Nam cũng đã chấp nhận

hai vấn đề trên nếu có những khoản thiệt hại này có thể chứng minh được, cụ thể quy định tại Khoản 2, 3 Điều 205. Đây được xem như là một sự tiến bộ trong pháp luật về bồi thường thiệt hại vì vậy, thiết nghĩ rằng LTM cũng cần được sửa đổi bổ sung về thiệt hại phi vật chất cũng như công nhận việc bồi hoàn chi phí luật sư.

Thứ hai, cần sửa đổi bổ sung tính dự đoán trước của thiệt hại bên cạnh tính thực tế và trực tiếp. Có những thiệt hại mà yêu cầu bên vi phạm phải biết trước hoặc bắt buộc phải biết trước, vì vậy không thể nói không lường trước được để trốn tránh hay miễn giảm trách nhiệm. Cũng cần quy định rõ mức độ lường trước được xác định như thế nào, có thể là so sánh với một người có khả năng tương tự trong hoàn cảnh tương tự và có khả năng nhận thức được trách nhiệm của mình khi giao kết hợp đồng. Cách hoàn thiện này sẽ làm cho các bên yên tâm giao kết hợp đồng cũng như đảm bảo sự thiện chí, công bằng.

Thứ ba, cần có văn bản hướng dẫn cụ thể các vấn đề như: thế nào là thiệt hại thực tế, trực tiếp; giá trị thiệt hại tính vào thời điểm nào (thời điểm xảy ra thiệt hại hay thời điểm khởi kiện, xét xử); cơ sở tính toán lợi nhuận, khoản lợi đáng lẽ nhận được nếu không có hành vi vi phạm; chi phí nào là cần thiết và hợp lý để ngăn chặn thiệt hại.

Thứ tư, cần có quy định rõ hơn về nghĩa vụ hạn chế tổn thất tại Điều 305 LTM 2005, hướng dẫn cụ thể thế nào là các biện pháp cần thiết, hợp lý và mức độ hạn chế tối thiểu mà bên vi phạm cần thực hiện. Ngoài ra, cần sửa đổi quy định này theo hướng nếu bên bị vi phạm có thể tìm kiếm được các biện pháp hạn chế tổn thất (như tìm được hàng thay thế...) thì phải áp dụng các biện pháp đó. Tuy nhiên, trong trường hợp bên bị vi phạm đã cố gắng nhưng không thể thực hiện được các phương pháp hạn chế thì sẽ không bị bên vi phạm yêu cầu giảm bớt giá trị bồi thường thiệt hại. Quy định như thế vừa đảm bảo được bên bị vi phạm không ỷ lại và cũng sẽ đảm bảo được tính trung thực thiện chí hợp tác trong thương mại.

Thứ năm, như phân tích tại phần 2.2.2.4, hiện nay, pháp luật thương mại vẫn chưa có quy định về việc bồi thường thiệt hại khi các bên đương sự cùng vi phạm hợp đồng và pháp luật dân sự nói riêng vẫn chưa hiểu đúng về vấn đề này. Cụ thể là

yếu tố lỗi, lỗi trong dân sự không giống như lỗi trong hình sự và hành chính. Nếu quy định là “bên bị vi phạm có lỗi” thì dễ dẫn đến nhầm lẫn việc xem xét mức lỗi để đánh giá mức bồi thường thiệt hại thay vì là xem xét lỗi của mỗi bên sau đó quyết định theo phương pháp bù trừ. Do đó, cần sửa lại là “Bồi thường thiệt hại trong trường hợp cả hai bên đều vi phạm hợp đồng” để tránh hiểu nhầm.

Thứ sáu, cần quy định cụ thể nghĩa vụ tiền hợp đồng (giai đoạn đàm phán, thỏa thuận) nhằm ràng buộc các bên phải có trách nhiệm đối với các hành động của mình ngay cả khi chưa giao kết hợp đồng, răn đe các đối tượng xấu, đảm bảo sự cạnh tranh lành mạnh.

3.4. Hoàn thiện quy định về kết hợp phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại trong thương mại

Về sự kết hợp giữa phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, theo tôi, quy định như LTM là phù hợp hơn so với BLDS. Nên hiểu rằng chế tài bồi thường thiệt hại được mặc nhiên áp dụng khi đáp ứng đầy đủ các căn cứ mà đặc biệt là khi có thiệt hại thực tế xảy ra mà không cần phải thỏa thuận trước nếu áp dụng song song hai loại chế tài này. Như vậy sẽ phù hợp hơn so với định nghĩa bồi thường thiệt hại mà BLDS và LTM đã đề ra. Sự khác biệt trên không những không cần thiết mà còn gây ra sự bối rối cho các chủ thể khi áp dụng luật.

3.5. Hoàn thiện quy định về lãi chậm thanh toán trong thương mại

Pháp luật cần quy định rõ hơn về tiền lãi do chậm thanh toán tại điều 306 LTM 2005. Cần có văn bản hướng dẫn cụ thể cách tính “lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán”. Hoặc pháp luật thương mại sửa đổi theo hướng BLDS 2015, tức là quy định một mức phần trăm cụ thể dựa trên khoản tiền chậm trả. Hướng hoàn thiện này nhằm giúp các cơ quan xét xử cũng như các chủ thể hiểu rõ được về hai loại mức tính lãi chậm trả, tránh nhập nhằng khi thỏa thuận hoặc khi xét xử, tạo ra sự thống nhất trong cách hiểu và áp dụng luật. Ngoài ra, cần đề cập đến sự kết hợp giữa lãi chậm thanh toán và các chế tài khác, chẳng hạn như: “Bên bị vi phạm được áp dụng đồng thời lãi chậm thanh toán với các chế tài trong thương mại được quy định tại Điều 292 Luật thương mại.”

3.6. Hoàn thiện quy định về trường hợp miễn trách nhiệm trong thương mại

Tương tự như chế tài phạt vi phạm và buộc bồi thường thiệt hại thì cũng có sự khác nhau giữa các quy định về miễn trách nhiệm khi có hành vi vi phạm trong luật cơ sở và luật chuyên ngành, cụ thể là BLDS 2015 và LTM 2005. Trong đó, có sự khác biệt về khái niệm, các trường hợp cụ thể như đã nêu ở phần bắt cập. Vì vậy, các cơ quan lập pháp cần nhanh chóng thống nhất được quy định để tạo sự thống nhất cho hệ thống pháp luật. Thống nhất về cách gọi: “miễn trách nhiệm” hay “không phải chịu trách nhiệm” và sửa đổi, bổ sung về các trường hợp được miễn trách khi có hành vi vi phạm xảy ra.

Cần sửa đổi bổ sung thêm trường hợp miễn trách nhiệm do lỗi của bên thứ ba, khi bên này cũng được miễn trách nhiệm để phù hợp với xu hướng pháp luật thương mại quốc tế. Đồng thời, hướng hoàn thiện này sẽ tạo điều kiện thuận lợi hơn đối với các hợp đồng thương mại quốc tế nếu muốn chọn luật của Việt Nam làm luật điều chỉnh.

Pháp luật thương mại cần có hướng dẫn cụ thể về sự kiện bất khả kháng. Như đã phân tích ở trên, trường hợp này thường xuyên xuất hiện và cũng thường xuyên gây ra tranh cãi cho cả cơ quan xét xử cũng như các thương nhân. Vì vậy, cần quy định rõ những trường hợp nào là trường hợp bất khả kháng, căn cứ, mức độ và hậu quả của sự kiện bất khả kháng. Trong đó, cần lưu ý bổ sung, sửa đổi tính “không thể lường trước được” của sự kiện bất khả kháng. Cần làm rõ ở chỗ: để đáp ứng được tính “không lường trước” này thì nên quy định: sự kiện bất khả kháng phải là sự kiện khách quan xảy ra sau khi ký kết hợp đồng, pháp luật không thừa nhận sự kiện khách quan xảy ra trước hay trong khi ký hợp đồng là sự kiện bất khả kháng. Và một yếu tố khác không kém phần quan trọng cũng cần bổ sung đó là mối quan hệ nhân quả giữa sự kiện bất khả kháng và hành vi vi phạm để quy định trở nên logic và dễ hiểu hơn.

Về trường hợp miễn trách cuối cùng, miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước, nên sửa đổi lại thành: hành vi vi phạm của một

bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà *bên đó* không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Bởi vì chỉ cần bên vi phạm đáp ứng được điều kiện “không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng” là đủ, nếu quy định là “các bên” sẽ khiến điều luật trở nên thừa, không cần thiết. Ngoài ra, cần quy định cụ thể, chi tiết hơn về khái niệm “không thể biết” trong quy định này, hình thức quyết định của cơ quan Nhà nước, cách thông báo quyết định đến các bên chủ thể, thời hạn thông báo... Ngoài ra, vì trật tự của cộng đồng, pháp luật cũng cần quy định rõ cơ quan nhà nước có thẩm quyền cụ thể là cơ quan nào.

KẾT LUẬN

Trong thời buổi nền kinh tế thế giới gặp nhiều khó khăn và tình trạng hội nhập đầy phức tạp như hiện nay, việc gặp rủi ro trong hoạt động kinh doanh không phải là hiếm. Các doanh nghiệp làm ăn thua lỗ, lâm vào tình trạng phá sản diễn ra ngày càng nhiều. Điều đó cũng đồng nghĩa, việc vi phạm hợp đồng trong kinh doanh thương mại xảy ra cũng thường xuyên hơn. Từ đó, việc quy định chi tiết các biện pháp áp dụng đối với hành vi vi phạm hợp đồng là thực sự cần thiết. Tuy mục đích của hợp đồng là nhằm thỏa mãn các lợi ích mà các bên mong muốn khi giao kết nhưng vì nhiều lý do mà các lợi ích này không đạt được, một trong những lý do đó là do có hành vi cố ý vi phạm hợp đồng nhằm mưu lợi và xâm hại lợi ích của đôi bên. Vậy nên, chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại vừa là chế tài nhằm khắc phục thiệt hại của bên bị vi phạm vừa là chế tài nhằm hạn chế sự vi phạm của mỗi chủ thể trong hoạt động kinh doanh thương mại. Hai loại chế tài này được quy định rất nhiều trong các văn bản pháp luật Việt Nam nhưng về lĩnh vực hợp đồng thương mại thì chủ yếu được quy định trong LTM 2005. Tuy nhiên, do sự phát triển của kinh tế ngày càng phức tạp với số lượng tăng nhanh nên đòi hỏi pháp luật phải được hoàn thiện hơn nữa để có thể áp dụng chính xác vào thực tiễn. Trong trường hợp này, việc quy định đầy đủ, chi tiết các chế tài và mối quan hệ giữa các chế tài có một ý nghĩa quan trọng, giúp bên bị vi phạm bảo vệ được quyền và lợi ích của mình, đền bù được những thiệt hại mà họ phải gánh chịu và những khoản lợi đáng lẽ họ được hưởng nếu như hợp đồng không bị vi phạm. Chính vì vậy, pháp luật nước ta cần sớm hoàn thiện các quy định về chế tài phạt vi phạm và chế tài bồi thường thiệt hại bằng cách chất lọc những điểm tiến bộ của BLDS 2015 và LTM 2005, tiếp thu những ý kiến đóng góp từ các chuyên gia pháp lý, học hỏi pháp luật nước ngoài cũng như thực tiễn pháp lý. Từ đó, tạo nên “một chiếc áo” bảo vệ lợi ích chính đáng của bên bị vi phạm mỗi khi xảy ra hành vi vi phạm hợp đồng.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

Văn bản pháp luật

- [1]. Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2004;
- [2]. Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế năm 2010;
- [3]. Bộ Luật dân sự năm 2005;
- [4]. Bộ Luật dân sự năm 2015;
- [5]. Bộ Luật tố tụng dân sự năm 2005;
- [6]. Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế 1980;
- [7]. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010;
- [8]. Luật chất lượng sản phẩm, hàng hóa năm 2007;
- [9]. Luật Thương mại năm 1997;
- [10]. Luật Thương mại năm 2005;
- [11]. Luật Xây dựng năm 2014;
- [12]. Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989;
- [13]. Quyết định số 31/2006/QĐ-BCN của Bộ Công nghiệp về việc ban hành Quy định Kiểm tra hoạt động điện lực và sử dụng điện, giải quyết tranh chấp hợp đồng mua bán điện;
- [14]. Quyết Định số 220/QĐ-CA ngày 06/4/2016 của Tòa án nhân dân tối cao về việc Công bố án lệ;

Bản án và Quyết định của Tòa án nhân dân các cấp

- [15]. Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao (2009), *Quyết định giám đốc thẩm số 03/2009/KDTM-GĐT ngày 09/4/2009*;
- [16]. TAND quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng (2012), *Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 19/2012/KDTM-ST ngày 24/09/2012*;
- [17]. TAND quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng (2013), *Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 35/2013/KDTM-ST ngày 27/9/2013*;
- [18]. TAND quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng (2013), *Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 36/2013/TLST-KDTM ngày 27/9/2013*;

- [19]. TAND quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng (2014), *Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm số 03/2014/KDTM-ST*
- [20]. TAND quận Hải Châu, thành phố Đà Nẵng (2009), *Bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 735/2009/KDTM-PT* ngày 28/4/2009;
- [21]. TAND thành phố Hồ Chí Minh (2009), *Bản án Kinh doanh thương mại sơ thẩm thụ lý số 315/2005/KDTM-ST* ngày 26/10/2005;
- [22]. TAND thành phố Đà Nẵng (2013), *Bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 25/2013/KDTM-PT* ngày 27/12/2013;
- [23]. Tòa phúc thẩm TANDTC tại thành phố HCM (2006), *Bản án Kinh doanh thương mại phúc thẩm số 28/2006/KDTM-PT* ngày 30/3/2006;

Sách, báo, tạp chí và các công trình nghiên cứu khoa học:

- [24]. Đỗ Văn Đại (2007), “Phạt vi phạm hợp đồng trong pháp luật thực định Việt Nam”, Tạp chí Tòa án nhân dân tháng 10 (số 19), tr. 12 – 25;
- [25]. Đỗ Văn Đại (2010), *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia Hà Nội, Hà Nội;
- [26]. Đỗ Văn Đại (2010), *Vấn đề không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật thực định Việt Nam*, Đề tài Khoa học và Công nghệ cấp Bộ, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh;
- [27]. Đỗ Văn Đại (2011), *Luật hợp đồng Việt Nam – Bản án và bình luận bản án*, Tập 2, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội;
- [28]. Đỗ Văn Đại, Lê Thị Diễm Phương (2012), “Về khái niệm và giảm mức phạt vi phạm hợp đồng”, Tạp chí Khoa học pháp lý, (số 3), tr. 71 – 80;
- [29]. Ngô Văn Hiệp (2007), *Chế Tài Bồi Thường Thiệt Hại Do Vi Phạm Hợp Đồng Kinh Doanh Thương Mại*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Đại học Quốc Gia Hà Nội;
- [30]. Ngô Mạnh Hùng (2015), *Pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại và thực tiễn áp dụng trên địa bàn tỉnh Tuyên Quang*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội;

- [31]. Nguyễn Thị Thu Huyền (2013), *Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong hoạt động thương mại*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Đại học Luật Hà Nội;
- [32]. Nguyễn Ngọc Khánh (2007), *Chế định hợp đồng trong Bộ luật dân sự Việt Nam*, NXB Tư Pháp, Hà Nội;
- [33]. Nguyễn Việt Khoa (2011), “Chế tài phạt vi phạm hợp đồng theo Luật thương mại năm 2005”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, (số 15), tr. 46 – 51;
- [34]. Nguyễn Thị Hằng Nga (2006), “Về việc áp dụng chế tài phạt hợp đồng và bồi thường thiệt hại vào thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng trong hoạt động thương mại”, Tạp chí Tòa án nhân dân, (số 9), tr. 25 - 27;
- [35]. Phạm Duy Nghĩa (2000), *Tìm hiểu Luật Thương mại Việt Nam*, NXB Chính trị quốc gia, Hà Nội;
- [36]. Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (2007), *Cẩm nang Hợp đồng thương mại*, Hà Nội;
- [37]. Khúc Thị Trang Nhung (2014), *Những vấn đề về miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Đại học Quốc gia Hà Nội;
- [38]. Hoàng Thị Hà Phương (2012), *Chế tài do vi phạm hợp đồng thương mại - Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội;
- [39]. Quách Thuý Quỳnh (2005), *Pháp luật về bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng trong kinh doanh - Thực trạng và phương hướng hoàn thiện*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật Hà Nội;
- [40]. Dương Anh Sơn và Lê Thị Bích Thợ (2005), “Một số ý kiến về phạt vi phạm do vi phạm hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam”, Tạp chí Khoa học pháp lý, (số 1), tr. 15 – 20;
- [41]. Nguyễn Thị Hồng Trinh (2009), “Chế tài bồi thường thiệt hại trong thương mại quốc tế qua Luật Thương mại Việt Nam, Công ước CISG và Bộ nguyên tắc Unidroit”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, (số 22), tr 48 – 52;

- [42]. Trường Đại học quốc gia Hà Nội (2009), *Giáo trình Luật thương mại*, Tập II, NXB Công an Nhân dân Hà Nội, Hà Nội;
- [43]. Trường Đại học quốc gia Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật dân sự Việt Nam*, Tập II, NXB Công an Nhân dân Hà Nội, Hà Nội;
- [44]. Trường Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh (2007), *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB Đại học quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, Thành phố Hồ Chí Minh;
- [45]. Viện Khoa học pháp lý – Bộ Tư Pháp (2009), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2005*, NXB Chính Trị Quốc Gia, Hà Nội.